少年司法通论

张鸿巍 著

（第二版）

人民出版社

内 容 简 介

《少年司法通论》（第二版）在延续第一版清晰、扼要阐明少年司法基本概念、理论及程序的基础上，吐故纳新，增删较多。全书结合最新国内外研究的进展及争鸣与司法实践的探索及困境，紧紧围绕少年司法一系列核心问题进行系统、细致的研究。既有丰富的理论根基与实证数据，亦不乏深入的案例分析。通过对社会变迁下的中西方未成年人保护与少年司法理念、少年司法体系的历史演变与运作、少年司法模式与程序发展以及少年司法之未来展望等的比较分析，将少年司法理念的变化和不同时期少年司法模式的互动关系清晰地呈现在读者面前。在此基础上，提出了健全我国少年司法的建议和主张。本书对于深化少年司法理论研究，完善我国少年司法制度具有重要的参考价值。


ISBN 978-7-01-007048-3

定价：68.00元

少年司法通论

张鸿巍 著

（第二版）

人民出版社

责任编辑:李媛媛
装帧设计:周涛勇
版式设计:程凤琴
责任校对:吕　飞

图书在版编目(CIP)数据

少年司法通论(第二版)/张鸿巍 著. -北京:人民出版社,2011.5(第二版)
ISBN 978-7-01-007048-3

Ⅰ. 少…　Ⅱ. 张…　Ⅲ. 青少年犯罪-司法制度-研究　Ⅳ. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 071305 号

少年司法通论

SHAONIAN SIFA TONGLUN

(第二版)

张鸿巍　著

人民出版社 出版发行
(100706　北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷　新华书店经销

2008 年 5 月第 1 版　2011 年 5 月第 2 版　2011 年 5 月北京第 2 次印刷
开本:710 毫米×1000 毫米 1/16　印张:37.75
字数:572 千字　印数:3,001-5,000 册

ISBN 978-7-01-007048-3　定价:68.00 元

邮购地址 100706　北京朝阳门内大街 166 号
人民东方图书销售中心　电话 (010)65250042　65289539

第二版 序言一

未成年人是国家与民族的未来，其健康成长关系千家万户。我们的党和国家历来关心、重视未成年人各项工作，采取有效措施，为未成年人营造了健康成长的良好环境。我国《宪法》第四十六条与第四十九条明确规定，“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”、“儿童受国家的保护”及“禁止虐待儿童”，这些都为开展未成年人保护和预防未成年人违法犯罪提供了坚实的宪法保障。

进入21世纪以来，面对日益复杂的未成年人违法犯罪问题，党和国家审时度势，与时俱进，在尊重现实国情、尊重国际公约的前提下，陆续出台了涉及未成年人工作的重大路线、方针和政策。如中共中央十六届六中全会于2006年10月11日通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中提出“加强青少年思想道德建设”、“加强对流浪儿童、服刑人员子女的关心教育”；2008年11月28日通过的《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中提出“对轻微犯罪、未成年人犯罪，按照教育为主、惩罚为辅的原则，实行宽缓处理，尽量教育挽救，增加社会和谐”，为建立健全具有中国特色的社会主义少年司法体系筹划了宏伟的蓝图。

减少和预防未成年人犯罪是包括检察机关在内的社会各方面的职责所在。多年来，检察机关着眼于维护社会稳定，紧紧围绕推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作，坚持“强化法律监督、维护公平正义”的检察工作主题，充分发挥职能作用，扎实有效地开展了保护未成年人合法权益、预防未成年人违法犯罪的各项工作。最高人民检察院先后于2002年3月25日、2006年12月28日通过了《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》，广西壮族自治区检察机关在严格遵守、认真贯彻这些法律、法规、司法解释和有关文件的基础上，亦不断务实地创新、推动和发展未

成年人检察工作，并取得良好效果。少年司法体系庞杂，无数检察官们身体力行，践行着、丰富着未成年人检察的工作内涵。

张鸿巍教授所著的《少年司法通论》（第二版）一书紧紧围绕少年司法一系列核心问题进行系统、全面、细致的研究。相比第一版，第二版在论点论据与案例数据上均有较大更新，一些观点亦反映出鸿巍教授这几年对这些问题思考的进一步深化与提高。特别是在未成年人审前拘留、未成年人分流、未成年人缓刑、未成年人恢复性司法及未成年人检察等领域，鸿巍教授结合最新国内外研究的进展及争鸣与司法实践中的探索及困境，提出了若干可资借鉴的主张，许多意见与建议具有较强的现实可操作性。纵览全书，体系完整、立论鲜明、文字精练、资料翔实，是一部难得的少年司法研究力作。

在《少年司法通论》（第二版）付梓出版之际，鸿巍教授邀我作序，我欣然应允。鸿巍教授十年来专注于少年司法的教学、研究与社会宣传工作，既有深厚的理论功底，亦有丰富的实践经验。他不但著书立说，还参与立法，主持省级未成年人保护条例修订工作。特别是他 2008 年挂职南宁市人民检察院副检察长以来，积极探索符合未成年人心理、生理特征的办案方式和工作模式，并指导、参与未成年人案件的具体办理，体现出法学理论与实务工作的良好对接。

《少年司法通论》应时修订，殊值赞赏，乐为序。

张 少 康

2011 年 3 月于广西南宁

（张少康同志系广西壮族自治区人民检察院检察长、党组书记）

第二版　序言二

值此《少年司法通论》修订版付梓出版之际，鸿巍教授邀我写篇序言，我十分乐意。

作为犯罪学的重要分支，少年司法学在西方国家已有百余年历史，并有愈加与刑事法学、福利法学及社会法学等交融之势。少年司法学在中国大陆起步较晚，不过经过近三十年特别是这十年的发展，逐步成为社会各方面关注的显学之一，日趋重要。但全面而系统研究少年司法的专著尚不多见，鸿巍教授的《少年司法通论》即为其中颇有分量的力作之一。

《少年司法通论》一书系鸿巍教授多年潜心研究之成果，自 2008 年出版以来在国内外少年司法学界颇有影响。鸿巍教授挂任南宁市人民检察院副检察长期间，身体力行，积极推动并参与少年司法各项实践活动。基于对现实国情的准确把握，他一直关注少年司法理论架构及实务创新。这次《少年司法通论》修订，正反映了鸿巍教授这些年在少年司法领域的不懈耕耘、反思及探索。

在全面和系统回顾了东西方未成年人保护与少年司法发展脉络后，《少年司法通论》修订版对刑事司法与少年司法的区别与联系进行了深入浅出的分析，并就少年法概念界定及少年司法原则进行了全新诠释。在针对“未成年人”、“犯罪与偏差”及“身份过错”等重要概念逐一解析的基础上，未成年人犯罪与偏差控制及预防的主要犯罪学理论、国家亲权及恢复性司法等内容渐次引介。鸿巍教授还全面修订了未成年人分流、未成年人审前拘留、未成年人审判及未成年人缓刑等制度性的比较分析，其基于本土化的相关建议具有较强的可操作性。

纵览全书，《少年司法通论》修订版在继承和发扬第一版全面、清晰、扼要阐明少年司法基本概念、理论及程序的基础上，结合国内外最新立法与司法发展，提出了健全大陆地区少年司法的一系列建议和主张，不少具有独创

性、时代性及前瞻性。该修订版既有丰富的理论根基与实证数据，亦不乏深入的案例分析，使得框架结构更加清晰分明。鸿巍教授娴熟的文字功底，亦为全书平添了许多可读性，要言不烦。

《少年司法通论》一书的修订出版，对于深入研究少年司法基本概念、理论及程序特别是建立和完善大陆地区少年司法制度，具有较强的理论与实践价值。无须讳言，书中还存在若干值得商榷的地方，但鸿巍教授勤于思考、扎扎实实作研究之精神可嘉，尤其值得国内青年学者们效法。

我与鸿巍教授相识经年，其为人谦虚好学、待人宽厚，是位治学严谨、颇有造诣的年轻学者。值此《少年司法通论》修订出版之际，是以提笔为序，并热切期望鸿巍教授有更多专著面世。

刘 建 宏

2011 年 2 月于澳门大学

（刘建宏教授系亚洲犯罪学学会会长、澳门大学教授，
美国纽约州立大学犯罪学博士）

第一版 序 言

当前,各国都正被青少年犯罪问题所困扰,已融入这个世界体系的改革开放的中国当然也不例外。20 世纪 70 年代末以来,我国青少年犯罪直线上升,可以说是呈几何级增长,对社会造成了极大的危害。面对这种前所未有的局面,人们在认真地思索,不仅思索它的原因,更思索它的防治对策。一个个理论被提出,一项项制度被制定,有的取得了预期的效果,有的却被实践所否定,而青少年犯罪的大潮仍未见消退的迹象。这迫使人们把目光又转向青少年犯罪浪潮的发源地——西方诸国,看他们在防治青少年犯罪方面有什么经验和制度可资借鉴。少年司法制度就是在这个过程中被介绍到了中国,但迄今为止,系统性地介绍少年司法的理念、原则及相关制度的专著并不多见,因此,张鸿巍教授的《少年司法通论》一书,可以使我们对这一问题有更深入的理解。综观本书,以下几个研究特色特别值得肯定。

首先,作者从历史的脉络出发,系统地介绍了西方和我国少年司法的缘起、发展和现状,通过这些介绍,使我们真切地体会到少年司法制度从不完善到逐步完善的过程,认识到少年司法制度的每一步前进都是在已有理论的指导下,适应当时的现实而产生的。任何事情都不可能是一蹴而就的,脱离现实的理论和制度是不会有生命力的。

其次,作者以丰富、翔实的资料为基础,娴熟地运用比较的研究方法,通过对西方各国少年司法制度的比较、中外少年司法制度的比较,使人们对当今世界少年司法制度的状况有了更深刻的认识,更加体会到借鉴、移植西方先进的少年司法制度的必要性,并对借鉴、移植的重点和途径有了一个清晰的理解。比较的研究方法是很重要的,只有通过比较,才能从中剖析是非优劣,评述利弊得失,吸取经验教训,更好地获得规律性的认识。但同时,比较的研究方法也是很费时费力的研究方法,因为为了进行正确的比较,就必须事先搜集到相当多的研究材料。正如恩格斯所说,“只有当自然和历史的

材料搜集到一定程度以后，才能进行批判的整理和比较”。张鸿巍教授历经数年，辗转数国搜集到的大量资料、数据，既为他这部专著的撰写成功提供了坚实的基础，也将为其他学者进行这方面的研究提供参考。

再次，作者非常注重少年司法理念的介绍，并将少年司法理念的变化和不同时期少年司法模式的互动关系清晰地呈现在人们面前。我认为，这一点至关重要，因为理念是一项制度的灵魂。若没有一个先进、正确的理念，看似再先进、合理的制度也不能发挥它应有的作用，甚至会适得其反。晚清以来，我国引进的西方的东西不可谓不多，但很多引进来的东西往往水土不服，变成了四不像。究其原因，正是缺乏了理念的引进和吸收。由于缺乏了正确的理念，人们对这项制度只能知其然而不知其所以然，甚至按照自己的好恶、自己的需要对其进行随意的加工。真切地希望少年司法这一在我国还算新生的事物不要重蹈覆辙，将来能在正确理念的指导下，发挥出它应有的价值和作用。

最后还要强调的一点是，作者注意到了我国传统文化中和少年司法理念兼容的内容，从而指明了我国存在着适宜少年司法制度成长壮大的土壤。如，“粗略看起来似乎‘国家亲权’作为舶来品与我国现行的重刑思想虽然不能说是完全格格不入，至少好像也是相差甚远。实际上，所谓‘国家亲权’也正是历代统治者所竭力倡导并试图身体力行的”。“无论是缘自西方社会的‘国家亲权’，还是缘自古代中国的‘五伦’关系，最初都是将父权视为家庭中的最高权，并辅以各种措施予以严格保障”。“先秦的民本思想、儒家的仁德忠孝思想以及墨家的兼爱思想是中国古代慈幼恤孤制度发展演变的思想基础”。

这也是我国少年司法制度建设中的一个重要问题。如果我国的传统文化和少年司法的理念格格不入，那么，少年司法制度在我国的成功构建是不可想象的。正如上面我所提到的，正确的少年司法理念是少年司法制度建立的前提，也是其成功的保障。如果西方少年司法理念和我国传统文化二者之间完全没有交集点，那么正确的少年司法理念就很难在人们头脑中形成，少年司法制度也就成了建立在脆弱根基之上的楼阁，成功的概率将大大降低。

除了以上几个研究特色外，张鸿巍教授在书中所探讨的关于少年司法

的很多问题也值得大家关注。

第一,作者对少年司法的概念进行了界定,并对误读的少年刑法进行了分析。当前,学术界对视少年司法为体系还是程序有一定争议。作者认为,少年司法兼具体系和程序两个方面的特征。所谓少年司法,是一系列专业机构、人员和社会团体保护未成年人和处理未成年人违法偏差行为的综合体系和过程。少年刑法从字面含义看似乎是刑法的一个分支,而且也有人这样认为,而作者认为,现在继续使用少年刑法这一概念已不合时宜,因为它不但与“国家亲权”原则背道而驰,而且与西方少年司法理念相冲突。

第二,作者对几种主要的少年司法运作模式作了详细的比较和介绍。世界上现在存在有儿童福利模式、司法模式和犯罪控制模式等少年司法运作模式。通过对这些模式的比较研究,可以使人们对各自的利弊有一个全面了解,可以使人们看到哪个模式和中国的国情相符合,从而为我国少年司法制度的建立提供借鉴。

第三,作者对身份过错问题进行了深入介绍。身份过错指未成年人实施的,而如果成年人实施相同行为则不会被认为是犯罪的违法行为。如逃学、离家出走、吸烟饮酒等,也就是我们通常所说的青少年越轨、违法行为。这些行为在我国青少年中也大量存在,虽然这些行为表面看危害不大,但对青少年身心的健康发展却极为不利,因为一旦他们的越轨心理形成并得不到及时纠正的话,就可能在越轨—违法—犯罪的道路上沿着惯性走下去。对于这些行为,虽然也引起了我国社会各界高度重视,但是却苦无良策,仅仅限于批评教育,这也是我国青少年犯罪居高不下的原因之一。所以,本书对西方各国处理这一问题所采取的措施的介绍,可以为我们带来一些灵感,以解决这一难题。

第四,作者介绍了西方“国家亲权”理论和“儿童最佳利益”原则的情况。“国家亲权”理论认为未成年人不是家长的私人财产,而是国家的未来资产。如果未成年人亲生父母或监护人不能保护未成年人的利益,那么政府就有义务和责任对其进行保护。这一理论本身就寓意着对未成年人的处分应以矫正取代刑罚,这与西方少年法院的管辖权以及保护和矫正少年的理念是一致的,因此它在少年司法的发展过程中产生了极大的作用。不过,要注意的是,“国家亲权”理论也一直饱受争议,近年来更是受到了较大冲

击,这说明这个理论也并非十全十美。因此,我们在介绍和借鉴这一理论时,一定要注意这一点,对于它的缺陷有一个清醒的认识,从而有利于适合我国国情的少年司法制度的确立。

在"国家亲权"理论的影响下,维护"儿童最佳利益"已成为各国少年司法与未成年人保护的具体指导方针。"儿童最佳利益"原则即"未成年人不应为其不当行为接受惩罚,相反,鉴于其年幼无知的现实,各国政府应提供高效的儿童保育、矫正、教化等措施来纠偏"。而且,很多国家还在其法律中详细规定了少年法院在判断"儿童最佳利益"时应考虑的因素,便于法院操作。这一点也值得我国借鉴,我国法律在这方面的规定过于笼统,不利于少年司法案件的法官正确地处理案件。

第五,作者还对西方少年法院的情况进行了介绍。在西方各国,少年法院虽然和刑事法院有联系,但二者在诉讼程序、证明标准、审判员作用、判决结果等诸方面都有所不同。而在我国,独立的少年法院还未曾建立,只有附属于基层法院和个别中级法院之下的少年法庭,关于未成年人案件审理的制度设计和程序设计也很不完善。因此,相信张鸿巍教授对这一问题的比较分析会对我国少年法院和少年法庭的制度建设产生一定的作用。

张鸿巍教授在书中对少年司法这一问题的探讨还触及其他很多方面,我在这里的介绍只能说是挂一漏万,很多精彩的内容还有待大家到书中去探寻。

是为序!

莫 洪 宪

戊子年春于武汉大学

(莫洪宪教授系中国法学会刑法学研究会副会长、
中国法学会犯罪学研究会副会长、武汉大学教授)

目　录

第一章 绪　论

第一节 研究缘由

后生可畏，焉知来之者不如今也？①

——（春秋）孔子（前551—前479）

儿童因身心尚未成熟，在其出生以前和以后均需要特殊的保护和照料，包括法律上的适当保护。

——《儿童权利宣言》（*Declaration of the Rights of the Child*）

一、导　论

作为未来社会中流砥柱，未成年人茁壮成长兹事体大，攸关国家、民族生存与发展，亦为父母与家庭希望所在。只有这些未来主人翁身心得到健康发展，社会才可得以稳步向前。面对新世纪的召唤与民族复兴伟业的使命，“90后”及“00后”能否堪当大任？家庭、学校、社会与国家是否已然准备好应对未成年人问题与保护之种种挑战？

时光倒流百余年，清末时局动荡，民不聊生，列强窥伺，领土分割。面临数千年来未有之困境，著名思想家梁启超（1873—1929）在其流世名篇《少年中国说》指明：“少年智则国智，少年富则国富，少年强则国强，少年独立则国独立，少年自由则国自由，少年进步则国进步，少年胜于欧洲则国胜于欧洲，少年雄于地球则国雄于地球。”在其看来，“制出将来之少年

① 《论语·子罕》。

中国者,则中国少年之责任也",继而又指出"今日之责任,不在他人,而全在我少年",[①]更是将未成年人健康成长视为改变国家命运、挽救民族存亡之根本。先哲谆谆教诲字字珠玑,历久弥新,提醒我们须时刻关注未成年人事业。

国际社会对未成年人问题相当重视,莫不对未成年人健康成长倾注心血。早在1924年9月26日,国际联盟(League of Nations)第五届大会通过《日内瓦儿童权利宣言》(*Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924*),明确"所有国家的男女都应承认人类负有提供儿童最好东西的义务"。1948年12月10日,第三届联合国大会(General Assembly of the United Nations)通过《世界人权宣言》(*Universal Declaration of Human Rights*),其中第25条第2款特别规定,"儿童有权享受特别照顾和协助。一切儿童,无论婚生或非婚生,都应享受同样的社会保护"。1954年12月14日,联合国教育科学文化组织(United Nations Educational Scientific and Cultural Organization,简称UNESCO)将每年11月20日定为"世界儿童节"(Universal Children's Day)[②],彰显国际社会对未成年人问题的高度重视。1959年11月20日,第十四届联合国大会通过《儿童权利宣言》(*Declaration of the Rights of the Child*),敦请各国"有责任给儿童以必须给予的最好待遇"。1989年11月20日,第四十四届联合国大会通过《联合国儿童权利公约》(*United Nations Convention on the Rights of the Child*,下称《儿童权利公约》)更是事无巨细将国际社会对未成年人的殷切希望与保护诉诸国际条约,并推而广之为各国及地区未成年人政策的范本与通例。来年9月30日,各国首脑汇聚纽约,召开"世界儿童问题首脑会议"(World Summit for Children)。会后通过的《儿童生存、保护和发展世界宣言》(*World*

---

① 梁启超:《少年中国说》。

② 除"世界儿童节"(Universal Children's Day)外,较有世界性影响的专门儿童节日还包括"国际儿童节"(World Children's Day)及"世界儿童日"(International Children's Day)。1949年11月,国际民主妇女联合会在苏联莫斯科召开执委会,决定将每年6月1日定为"国际儿童节"(是年12月23日,我国中央人民政府政务院颁令照行此例);1986年4月27日被确定为"世界儿童日",此后每年4月的第四个星期日亦被定为儿童日。各国对儿童节设置并不完全一致,如10月31日万圣节前夜为美国儿童节,而日本则将每年3月3日及5月5日分别定为"女孩节"及"男孩节"。

Declaration on the Survival, Protection and Development of Children)指出:儿童纯洁、脆弱、需要依靠;同时他们还充满好奇,充满生气,充满希望。因而,儿童时代应该是“欢乐、和平、游戏、学习和生长的时代”、“他们的未来应该在和谐和合作之中形成”、“他们应该在开拓视野、增长新的经验的过程中长大成人”。但是,宣言同时告诫世人,“对许多儿童来说,童年的现实却与此完全不同”。因而该宣言提出建构“一个适合儿童的世界”总体行动目标,呼吁各国携手“让每个儿童有更好的未来”。

2000年9月,在联合国“千年首脑会议”(United Nations Millennium Summit)上,各国领导人济济一堂,就消除贫穷饥饿、普及初等教育、促进两性平等、降低儿童死亡等议题,共同制定了旨在2015年实现的一系列目标。这些目标和指标被置于全球议程的核心,统称为“千年发展目标”(*Millennium Development Goals*),其中多项内容与未成年人议题息息相关。2001年5月14日至16日,第五次“东亚及太平洋地区部长级磋商会议”(East Asia and Pacific Ministerial Consultation)在北京召开。会后通过《东亚及太平洋地区2001—2010年为儿童的承诺》(*Beijing Declaration on Commitments for Children in the East Asia and Pacific Region for 2001—2010*),即《北京宣言》。该宣言强调,“今天的儿童是明天的未来一代,必须使他们具备在全球化的世界中充分实现自身的潜力和享有充分人权的能力”。联合国大会于2002年5月8日至10日在纽约召开“儿童问题特别会议”,这是联合国大会有史以来第一次专门讨论世界儿童和青少年问题的会议。会议通过的宣言主张应实现如下目标:“儿童第一、消灭贫穷、对所有儿童一视同仁、让所有儿童受教育、保护儿童不受伤害和剥削、保护儿童免受战争影响、防治艾滋病毒/艾滋病、倾听儿童的意见和确保他们参与及为儿童保护地球。”2003年5月,联合国于印度尼西亚巴厘举行第六届关于儿童问题的部长级协商会议。会后通过《巴厘共识——关于在东亚及太平洋地区与儿童并为儿童建立伙伴关系》(*Bali Consensus on Partnerships with and for Children in the East Asia and Pacific Region*,简称《巴厘共识》),要求各缔约国“在全国和地方的发展计划中要‘儿童优先’,即将最高优先给予儿童和青少年的健康、发展和福利”。2004年12月19日,联合国儿童基金会(United Nations Children's Fund,简称UNICEF)在《2005年世界儿童状况报

告——面临威胁的童年时期》(*State of the World's Children 2005: Childhood Under Threat*)亦强调,"只有儿童之状况得以改善,国家才能发展",[1]未成年人与国家发展联系之深可见一斑。假以时日,正确教养与引导,未成年人便可成长为国家栋梁,成为主导社会发展与变革的主力军。

古往今来,我国对未成年人问题历来相当重视。《易经》曰,"蒙以养正,圣功也",[2]指出从童年开始就要施以正确教育。《礼记》云"壮有所用,幼有所长",[3]强调国家对未成年人的保育期待。孔子曰,"弟子入则孝,出则弟,谨而信,泛爱众,而亲仁,行有余力,则以学文"。[4] 在孔子看来,少年在家要孝顺父母,出门在外要敬重师长,言行举止要谨慎可信,要普遍关爱众人并亲近那些有仁德的人;躬行实践之后若尚有余力的话,再去学习书本知识。孟子(前372—前289)亦道,"老吾老,以及人之老;幼吾幼,以及人之幼"。[5] 由对父母、子女的爱延伸至尊老爱幼,隐约显露圣贤对未成年人保护与关爱的恻隐之心。

1982年《宪法》第46条亦明文规定,"国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展";同时第49条又特别申明"儿童受国家的保护以及禁止虐待儿童",这些都为未成年人保护提供了宪法保障。2001年5月22日,国务院发布的《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》更明确指出,"推进社会主义现代化建设,实现经济和社会的全面进步,必须把提高国民素质、开发人力资源作为战略任务;必须从儿童早期着手,培养、造就适应新世纪需要的高素质人才队伍"。在详细分析未成年人事业得失后,该纲要确定了我国2001年至2010年儿童发展纲要的总体目标,包括儿童健康、儿童教育、儿童保护法律体系等具体内容。这既是国家对未成年人的殷切期望,亦为我国这些年未成年人事业的发展提出了总体目标与行动纲领。

---

[1] United Nations Children's Fund. (2004). State of The World's Children 2005: Childhood Under Threat. New York, NY: United Nations Children's Fund.

[2] 《易·蒙》。

[3] 《礼记·礼运篇·大同章》。

[4] 《论语·学而篇》。

[5] 《孟子·梁惠王上》。

岁月无情催人老,诗圣杜甫(712—770)曾发出“少壮能几时,鬓发各已苍”[①]之感慨;唐代诗人李颀(690—751)亦告诫“莫见长安行乐处,空令岁月易蹉跎”[②]。古今中外仁人志士大都在少年时期立下雄心壮志,刻苦学习。这一时期的体质增进、心理成熟与知识积累,特别是人格养成对其成年后的进一步健康发展奠定了坚实基础。然而,毋庸赘言,一些少年集万千宠爱于一身,却对身负责任视而不见,时常游戏人生。未成年人涉足犯罪与偏差,给社会、家庭及自身均带来不可忽视的负面影响。尤其近些年来未成年人犯罪与偏差问题日渐复杂,成为各国与地区所面临最感棘手的社会问题之一,涉及家庭、学校、心理卫生、社会及生长环境等方方面面。1985 年 11 月 29 日,联合国第 40/33 号决议通过《联合国少年司法最低限度标准规则》(*United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*,简称《北京规则》(*Beijing Rules*)),[③]敦请各会员国“应尽力创造条件确保少年能在社会上过有意义的生活,并在其一生中最易沾染不良行为的时期使其成长和受教育的过程尽可能不受犯罪和不法行为的影响”。该规则所确定的一系列观念与政策已经或正逐步影响着世界各主要国家及地区未成年人保护与问题少年矫正事业。

未成年人问题牵涉层面甚广,不但起因、本质与特征复杂,评估、构建与运作应对策略亦相当棘手,牵一发而动全身。各国是然,我国亦难例外。未成年人徘徊于偏差与越轨行为之间,继而滑向犯罪,非一朝一夕使然。原因固然很多,但总不外乎自身、家庭、学校及社会等因素的交叉影响。对其防治应溯本究源,多管齐下,才能标本兼治,实现综合治理。在强化未成年人个体身心健康,促其自发向上、远离犯罪的同时,更应建立未成年人犯罪与偏差预防、控制和矫正的全方位防火墙。时下,构架防卫未成年人犯罪与越轨、矫正其不良行为以重返社会的制度日显重要,构建经世致用的少年司法

---

① (唐)杜甫:《赠卫八处士》。

② (唐)李颀:《送魏万之京》。

③ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice 被译为“联合国少年司法最低限度标准规则”,但英文文本中“Administration of Juvenile Justice”之“Administration”并未完整译出。考察该词含“管理”、“行政”及“实施”等意,该公约似以译为《联合国少年司法实施最低限度标准规则》为宜。

体系更是迫在眉睫。《儿童权利公约》、《北京规则》及《联合国预防少年犯罪准则》(*United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*,又称《利雅得准则》(*Riyadh Guidelines*))等国际公约均要求成员国制定一套专门适用于少年的法律、规则和规定,并建立授权实施少年司法的机构,颁布和实施一些特定的法律和程序,以促进和保护所有未成年人的权利与福祉。虽然现行司法体制下,我国不少地方设有少年法庭、未成年人检察科、未成年犯管教所及工读学校等机构,但与国际惯例与标准尚仍存一定距离:对未成年人问题多以刑罚或收容教养等准保安处分措施处之,缺乏应有的福利保障与人文关怀;而对更应引发政策制定者注意与重视的旷课逃学、离家出走、吸烟酗酒等屡见不鲜的未成年人问题缺少较全面解决方案,其实际效果亦打了很大折扣。

迈入新世纪以来,国内学界与司法实务界人士就仿效欧美、构建具有我国特色少年司法制度的呼声此起彼伏。为正视日益严峻的未成年人犯罪与偏差,中共中央十六届六中全会于 2006 年 10 月 11 日通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中,作出改革未成年人司法制度与加强对流浪儿童、服刑人子女的关心教育等涉及未成年人保护的重大决定。这充分体现出中央决策层高瞻远瞩,对建立、健全少年司法制度与未成年人福利制度的关注与重视。2008 年,《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》提出“对轻微犯罪、未成年人犯罪,按照教育为主、惩罚为辅的原则,实行宽缓处理,尽量教育挽救,增加社会和谐”,①为进一步明确未成年人犯罪与偏差的政策指明了方向。最高人民法院于 2009 年 3 月 17 日发布《人民法院第三个五年改革纲要(2009—2013)》及时指出,“完善未成年人案件审判制度和机构设置,推行适合未成年人生理特点和心理特征的案件审理方式及刑罚执行方式的改革”,继续将改革和完善未成年人司法制度列为“三五”改革纲要的重要任务,为最终在我国大陆地区建立少年法院制度明确了大体时间表。

---

① 转引自王其江:《新一轮司法体制改革指向》,载《瞭望》2009 年第 1 期,第 31 页。

【案例一】

2010年7月11日,十二岁的胡某步行到十四岁的好友陈某家,索取陈某先前许诺的价值500元的电脑显卡。在争执、拉扯过程中,胡某持刀捅了陈某25刀。之后,胡某突然停手,并找来衣服和纸巾给陈某擦伤口止血,还想让其写一封说明书,"此事和他无关,自己是为情所困才自杀";并告诉陈家人陈某自杀。事后,胡某声称"我以为人和游戏里的人物一样,死了加血就可以复活"。在入院诊断书中,陈某两肺叶被刺伤、身上多处刀伤(刀口均长约3厘米,深达肋骨处)。此案特殊之处较多,并相互叠加:胡某与陈某平日关系甚佳,陈某父亲甚至认胡某为"干儿子";胡某母亲没有工作,从四川到顺德艰苦度日,每月生活费不超过500元,母子二人都未办理医疗保险;陈某系当地人,生活并不很富裕,家庭为其医疗费用度日如年。①

扼腕叹息之余,如何防患于未然、有效减少未成年人犯罪与偏差,对问题少年进行惩戒、救助和辅导,以及提供力所能及的社会及医疗救助日益成为摆在政府和司法部门、非政府组织及学者面前亟待解决的难题之一。随着人民物质生活水平的提高、大众传媒的扩张及未成年人吸收模仿能力的增强,十四岁以下未成年人屡屡身触红线的案例时有耳闻。在我国台湾地区,七岁以上未满十二岁儿童如有触法行为,依《少年事件处理法》第85条规定,仍可裁定谕知以下保护处分②:"训诫,并得予以假日生活辅导;交付保护管束并得命为劳动服务;交付安置于适当之福利或教养机构辅导及令入感化教育处所施以感化教育。"除了八种明文规定可对十四至十六周岁未成年人追究刑事责任的罪行外,我国现行《刑法》仅对十六周岁及以上未成年人追究刑事责任,显然本案中胡某无需承担刑事责任。

① 尹冀鲲:《少年刺好友25刀,网游让其相信"死了加血可复活"》,载《南方都市报》2010年7月29日。

② 少年司法与刑事司法语境中之"处分"一词,盖源于英文"treatment",日文将其译为"处遇",我国台湾地区依此例。汉语中"处分"一词并不必然带有贬义,为尊重习惯,本书作者认为使用该词并无明显不妥。

那么是不是就对这些孩童束手无策、听之任之呢？当然不可以！任其放任自流，不啻于对不当行为之肯定，不但不能劝阻其悬崖勒马、改邪归正，还可能向社会释放错误信号，从而催发出更多类似的不法行为甚至恶性刑事案件。社会中部分别有用心的成年犯利用目前法律上的漏洞，借机唆使、招募、诱骗或胁迫处于这一年龄段的未成年人从事非法活动或替人顶罪，以规避法律制裁，造成相当恶劣的社会影响。[①] 有时这些尚且年幼、是非善恶难分的未成年人又是无助的弱势群体，由于种种原因不得已犯罪与偏差，因而迫切需要特殊帮助和呵护。此外，涉世不深的孩童朦朦胧胧间可能"物以类聚、人以群分"[②]地形成少年帮派，徒增其社会危害性。与简单言语谴责及责罚相比，如何锁定未成年人越轨动机尤为重要。因此设身处地，从问题少年与被害人两方面入手考虑，对于后续处理亦可有的放矢、对症下药。

那么究竟采用何种措施才能合理处理这些实际造成巨大社会危害而又无须承担刑事责任的未成年人呢？我们知道，责任形式多种多样，刑事责任仅仅是其中之一。即便被告人可因"年幼抗辩"(infancy defense)主张刑事责任豁免，但其他责任并不会随刑事责任消减而自动消亡。我国《民法通则》第 11 条规定，"十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人"。第 12 条又规定，"十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动"。由此观之，时年十二岁的胡某系限制民事行为能力人，但这并不意味着未成年人父母或其他监护人可以置身其外。《民法通则》第 133 条规定，"无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害

---

① 一般而言，各国对于利用未成年人实施犯罪或逃避法律制裁均以严刑处之。如依《美国法典》(*United States Code*，简称 U. S. C.)第 18 编第 1 章第 25 条规定，任何 18 周岁及以上之成年人意欲利用未成年人实施暴力犯罪且该罪行可在美国任一法院被起诉，或意欲利用未成年人逃避因该罪行之侦查或逮捕时，若系初犯，应被判处两倍于该罪行原始刑罚之监禁或罚金；但对随后每次获罪，应被判处三倍于该罪行原始刑罚之监禁或罚金。(18 U. S. C, 1, § 25)

② 《战国策·齐策三》。

的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外"。《婚姻法》第 23 条亦规定,"在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时,父母有承担民事责任的义务"。为确保民事责任落实到实处,《民法通则》第 134 条继而又规定,承担民事责任的方式主要有:停止侵害;排除妨碍;消除危险;返还财产;恢复原状;修理、重作、更换;赔偿损失;支付违约金;消除影响、恢复名誉;及赔礼道歉。除此之外,法院还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,并可以依照法律规定处以罚款、拘留。但前案之特殊处在于,胡某父母属弱势群体,几无可能偿付陈某医疗及康复支出。由此观之,健全的社会福利特别是医疗保障体系对于维护社会稳定、保护弱势群体举足轻重。

除责令家长承担一定费用外,有些国家与地区还明文规定对问题少年的法定代理人或监护人进行亲子教育等内容。例如,我国台湾地区《少年事件处理法》第 84 条规定,"少年法定代理人或监护人,因忽视教养,致少年有触犯刑罚法律行为,或有触犯刑罚法律之虞行为,而受保护处分或刑宣告,少年法院得裁定命其接受八至五十小时亲职教育辅导"。

除民事责任外,国外的通常做法之一便是将未成年人送社会福利机构处理。这也是各国少年司法重要组成部分之一,体现出较浓郁的福利主义与未成年人保育色彩。然而对于我们这样一个尚处于社会剧烈转型时期、福利效果不彰的国家,设立、运作及健全这样的福利机构困难重重。即便在相对富裕的沿海地区,如长三角、珠三角或环渤海湾地区初步试行,而在广袤的内陆,尤其是公共财政举步维艰的中西部地区短期内无异于水中月、镜中花。面对生理早熟和心理不稳定的未成年人,在其屡屡触及社会控制防线之时,我们难免身处两难境地:一方面,民众对未成年人偏差行为及其后续犯罪衍生的日益担忧要求及时、切实采取有效措施对抗、矫正和防卫,借鉴一切可借鉴的法治文明成果来削减未成年人犯罪与偏差所带来的各种社会负面后果,尽可能敦促问题少年及时迷途知返;另一方面,经验、体制、经费、专业人员素质的限制及普通民众对某些理念与措施的误解都可能加剧对此类问题的解决难度。

西学东渐已风行百年,对于借鉴西方先进理念与司法实践来充实我国相关司法理论及实务缺失确有探讨之必要。近年来欧美国家风头正盛的恢复性司法(restorative justice)①为解决上述难题提供了可供借鉴的备选项。该理念要求加害人、被害人与社区及政府各方在有关司法机关参与、调停并认证的情况下,以加害人认错为契机,责令其以各种不同方式向被害人赔礼道歉、赔偿损失来尽可能恢复遭其破坏的社会关系。这一理念与相关司法实务国内已屡有介绍,但不加选择地援用却不一定是符合中国国情的不二法门,尽管非正式的社会控制手段中已不乏"人民调解"等日渐式微的传统刑事和解痕迹。居高不下的未成年人犯罪率、政法机关及民众普遍的重刑思想及对某些司法机关的不信任感都告诫我们,国外某些司法理念与其产生、发展的历史背景,与其民众法治心理、司法构建及司法工作人员职业道德均有千丝万缕的联系,简单的法律移植并不一定适合国情,加之我国幅员广阔,社会经济发展不均衡。这些相互主客观因素交织,决定了我们在法律移植时须慎之又慎。同时,我国未成年人保护的某些传统理念与做法即使放置于各国现代少年体系进行比较亦不显落后,仍不乏参酌之价值。所有这些都无疑大大增加了构建我国少年司法体系的难度,符合我国国情又反映国际惯例的少年司法仍任重道远。

【案例二】

1993年2月12日,时年仅两岁的英国利物浦男童詹姆斯·贝尔格(James Bulger),在被两位十岁少年乔·维纳布尔斯(Jon Venables)和罗伯特·汤姆逊(Robert Thompson)绑架后惨遭杀害。案发前,后者正逃学于百货商场闲逛,百无聊赖,寻思找个乐子。在试图诱迫其他孩童未果后,他们将目光放在了正与母亲购物的贝尔格身上。两人设法将其诱出商场,并携其四处晃荡。其间,维纳布尔斯和汤姆逊不顾贝尔格百般哀求与挣扎,对其拳脚相加。

---

① 近年来,"刑事和解"等概念在国内学术界及实务界影响日渐,但严格意义上来说,并不等同于"恢复性司法"。作为恢复性司法之常见表现形式,中文语境下的"刑事和解"实际上包括"加害人与被害人调解"(victim offender mediation,简称VOM)及"被害人与加害人和解"(victim offender reconciliation,简称VOR)等情形。在后续有关章节中,本书将详细阐述之。

在折磨贝尔格近两个小时后,三人行进至铁路交叉口处。便是在该处,被害人遍体鳞伤、尸首两端。而后维纳布尔斯和汤姆逊两人若无其事地离去,继续沿街晃悠,甚至看到电视寻人启事仍无动于衷。从贝尔格尸体上,法医最后鉴定出外伤竟达42处之多,大部分集中在脸部与头部。更令人不寒而栗的是,在犯罪人离开现场之前被害人一息尚存。也就是说,两名少年故意将奄奄一息的贝尔格拖至铁轨上,造成过往火车不经意将其轧死的假象,以毁灭罪证。

该案在英伦三岛掀起轩然大波,舆论鼎沸。因案情的严重性和犯罪人的主观恶性,尽管作案人均为十岁未成年人,本案依然作为成人案件予以审理。初审中,普雷斯顿王座法院(Preston Crown Court)判决犯罪人应当终身监禁,并至少服刑8年才能考虑假释与否,除非内政大臣认为其已然矫正且对社会无危害可言;法官亦允许媒体公开两人姓名。两人也因此成为英国近250年来最年轻的杀人犯。不久,高等法院首席法官判定这两人应当至少服刑10年后方可予以假释。而大众传媒与部分公众认为这样的处罚仍明显过于怜悯,一些媒体甚至收集公众签名交付给内政大臣,要求增加刑期。两年后,这两名未成年人犯罪人的最低刑期增至15年。①

维纳布尔斯和汤姆逊两人对此判决均不服,不断上诉。该案一直上诉至欧洲人权委员会(European Commission of Human Rights)。1999年12月,欧洲人权法院(European Court of Human Rights)认为1993年初审时不应将二人作为成人受审,且部分审理程序出现瑕疵,继而认定英国司法部门须分别向汤姆逊与维纳布尔斯各赔偿15,000英镑和29,000英镑等费用。这样迫使英国司法必须对此判决作出相应回应。到2001年,也就是服刑8年后,犯罪人汤姆逊与维纳布尔斯因遵守监规而双双获释:假释委员

---

① Wikipedia. (2007). James Bulger. Retrieved August 6, 2007, from http://en.wikipedia.org/wiki/James_Bulger.

会认为提前释放他们并不会给社会带来危险遂将二人予以假释。随后，有关禁止公开报道二人相貌与行踪的法令出台，以防止可能出现的社会报复。

案发后，两名问题少年的父母无颜面对举国上下的声讨，更加之对可能遭到报复的恐慌，多年来一直隐姓埋名、东躲西藏，惶惶不可终日。而死者母亲从政府处仅获得7,500英镑的补偿，这与后来欧洲人权法院判令英国当局赔付犯罪人合计44,000英镑相比显得微不足道。不但如此，贝尔格被害对于其父母更产生了不可逆转的巨大负面影响：二人不久即分道扬镳并分别再婚。[①]

各国诸多实证研究已反复印证，对问题少年简单施以威吓或报应刑，并不能从根本上有效降低其犯罪与偏差率，且此方式对矫正未成年人效果不彰。以福利模式为导向的少年司法制度便是为应对这些棘手问题应时而生的，让问题少年明白必须为自己的行为负责及采取多种复合项目矫正其言行举止以促其早日健康重返社会是其目的所在。然而在个别情形之下，传统少年司法对于某些主观恶性特别大、手段极其恶劣、后果极其严重且无悔改表现的未成年人仍无能为力，加上特定时期保守主义抬头都可能将部分未成年人重新交由刑事（成人）法院审理。与刑事（成人）司法相比，少年司法对犯罪嫌疑人之程序保障相对缺乏，使得本案一审中本可避免的瑕疵，给被告人辩护律师留有可乘之机，从而出现欧洲人权法院之惊天大逆转。

本案的特殊之处还远不止未成年人矫正。两位犯罪人隐私权得到较大尊重，甚至在我们看来似乎明显过分的尊重。出于对未成年人保护的考虑，法院和监狱当局拒绝透露两位少年的具体服刑地点、狱中表现及释放信息。倘若不予以公开犯罪人悔改表现，公众特别是被害人家属如何判断他们是否已浪子回头？然而，因未成年人不同于成年人的心理特征，以及国家对其可矫正的期待性，各国对未成年人隐私权的保护较成年人为甚。不同于刑

---

① Scott, Shirley. (2006). The Death of James Bulger: Tragic Child Abduction Caught on Tape. Retrieved August 6, 2007, from http://www.crimelibrary.com/notorious_murders/young/bulger/1.html.

事司法,传统上少年司法对未成年人程序上的保护力度并不突出。隐私权却为这不多的程序保护之一。我们已经知晓,对未成年人权利的保护应当以保障其健康成长与有效矫正为前提,但是这种保护并非没有限制。若对未成年人保护超出寻常所需,这无异于放纵犯罪人与漠视被害人权利,“国家亲权”(parens patriae)也会受到质疑,此类行为与父母溺爱越轨子女相似,无异于芒刺在背。近30年特别是进入新世纪以来,欧美刑罚思想有渐趋保守之势,对刑事犯罪的打击日益突出,随之而来的未成年人犯罪及其控制政策日渐紧缩。对未成年人保护的力度、广度与深度,包括隐私权合理期待均有一定程度的反思与调整,以防矫枉过正。

上述血腥案例触目惊心、令人发指,案情引人深思。由此观之,构建预防、监控与矫正未成年人犯罪与预防的机制迫在眉睫。但这并非少年司法研究的全部内容,不过冰山之一角,对未成年人的监护、救助与保育等未成年人福利制度也是亟待探讨的热门话题。特别是惨遭遗弃、照管不良、虐待孩童的命运同样揪人心肺,牵动社会各界之热切关注。

影片《刮痧》深刻反映了中美两国在对待与处理未成年人保护上的巨大文化差异:男主人公许大同因为其父给孙子刮痧被美国儿童福利机构怀疑有虐待儿童的行为被立案调查,而刮痧在中国则被广泛视为中医治疗的国术精粹。如果说该剧尚不过为虚构情节的戏剧化处理,那么1999年起发生在太平洋彼岸一起看似普通却旷日持久的案件牵动了双方当事人的神经,更在中美两国掀起不小的波澜:贺某某夫妇与贝克夫妇就贺某抚养权的经年争执及田纳西州法院的有关裁决引起了华人社会及中美媒体的热切关注和广泛争议。研读此案不但可以帮助我们了解到普通美国民众对于未成年人保护的深刻认识和感悟,而且还可从一个侧面反映我国目前未成年人保护上的缺位,这对于少年司法的又一关键领域——儿童福利与未成年人监护的深入把握不无裨益。

【案例三】

对于案件的主人公贺某而言,生身父母的概念似乎还很遥远,毕竟自其出生起的7年里她日夜与美国养父母在一起。但生父母与养父母对贺某抚养权的争夺却日益白热化。案情本身复杂、曲

折,案中套案。1998年10月,正在美国某大学攻读经济学博士学位的贺某某因涉嫌性骚扰与强奸罪,被学校取消奖学金和助教职位,经济上顿陷绝境。在其长女贺某出生仅四周后的1999年2月24日,贺某某夫妇万般无奈下前往当地少年法院,表示无力抚养贺某,希望以"家庭寄养"(foster care)方式将其暂时安置。在少年法院斡旋下,贺家与先前联系过的中南基督教会(Mid-South Christian Services)再次接触,后者同意提供为期三个月的寄养服务。同日,贺家与教会签订有关协议,协议中两人父母权并未中止。贝克因家底殷实、古道热肠而被选中而成为贺某短期监护人。其间贺某某曾欲支付300美元以示谢意,遭贝克婉拒。1999年4月,贺某某因涉嫌强奸正式被捕。虽然次日即获释,但失去兼差工作,仅靠妻子每月打工的400美元勉强度日。在此情形之下,贺家决定将贺某送回国内亲戚处寄养,贝克闻讯反对。在随后达成的口头收养协议中,两家约定由贝克家抚养贺某至十八周岁,同时贺家保留对其监护权。是年6月4日,双方前往少年法院办理抚养权移转手续,而在签署监护权协议时,双方均漏掉了为后来琐碎诉讼和关系破裂埋下种子的条款,即未约定生活资助与探视义务。

起初,双方相安无事,贝克一家尽职尽责,全心抚养贺某饮食起居与教育;贺家亦定期探访,维系亲情。自6月5日起,贝克太太开始就探视时间、次数、亲子教育及贺氏夫妇情绪等细节事无巨细加以记录。9月20日,贺某某就读之大学要求其暂缓就学,并接受性侵害心理辅导。由于无法正常注册,贺某某失去学生身份而面临遣返回国。而10月3日对于双方显然都不是个好日子,原先隐藏的问题一朝暴露。是日,贺家要求下周日带贺某外出,遭贝克拒绝。11月,贺家首次提出归还监护权。2000年5月3日,贺家诉至少年法院,要求归还贺某监护权;双方会面后无果而终。而2001年1月28日贺某两岁生日前夕,双方就贺某抚养权的争执剑拔弩张,贝克家以贺某生病为由再次拒绝贺家与贺某合影留念的请求,并在双方争吵时报警。自此之后,

贺家再无探视。

长时间的抚养与照顾，已让贝克家对贺某产生浓厚感情而不愿放弃，并倾全家之力聘请律师争夺抚养权。双方均不约而同诉诸法庭。2001 年 6 月 20 日，贝克向田纳西州衡平法院(equity court)[①]起诉要求中止贺某父母对贺某的监护权。在此期间，贺家也诉诸少年法院，要求归还女儿。少年法院于是将案件移交衡平法院审理。贝克以贺家过去未支付抚养费、探访不及时及其家庭状况更有利于贺某成长为由要求法院将抚养权判付于己。延宕近三年后，案件重新得以审理。而此时，贝克家债台高筑，已因此欠债 37 万多美元，银行账户更一度仅剩下 1 千美元，而贝克本人也因此失去工作。法院一审判决认定与贺家略有改善的条件相比，贝克家仍更适合贺某健康成长，因而判决贝克拥有对贺某的抚养权。对此，贺家当即表示不服，认为法院人为拆散骨肉，于情于法均说不过去，遂提起上诉。谁也没有料到，这个案子竟一直打了 7 年之久。2007 年 1 月 23 日，田纳西州最高法院推翻原审法院所有判决，将贺某监护权改判其亲生父母。[②] 判决书长达 114 页之厚，足可见本案影响之大。而 2007 年 2 月 12 日，联邦最高法院大法官约翰·斯蒂文(John Steven, 1920—)驳回贝克夫妇容留贺某的动议，给这个旷日持久的案子暂时画上了并不十分完美的句号，而这距贝克家寄养贺某已近八年之遥。

若本案发生在我国，其结果是否相同呢？答案应是有所不同的。深受儒家文化熏陶的国人更加注重家庭理念，强调血亲在维系家庭和睦、社会稳定中不可替代的作用。父母，特别是有一定抚养能力与意愿的父母，对子女潜移默化的熏陶与言传身教对子女顺利、健康成长至关重要。若我国法官判理此案，可能多半会将贺某判给生身父母，除非贺家明显无抚养能力或明

---

① "equity court"、"court of equity"或"chancery court"均系"衡平法院"，亦有学者译为"良心法院"。衡平法院与普通法院相对，是对适用衡平原则(principles of equity)的法院组织的总称。

② In Re Adoption of A. M. H. No. W2004-01225-SC-R11-PT. (2007).

示放弃抚养权。本案又一复杂之处在于,贝克一家并未从贺某处获得任何现实而直接之利益或好处,相反不但心血尽费、劳心劳力,为相关诉讼破费钱财,更被无中生有妄称有"绑架"贺某之嫌。

欧美国家未成年人福利制度所赖以存系的维护"儿童最佳利益"(best interests of the child)理念,源自"国家亲权",乃解决未成年人教养、保育及监护的根本立足点。其未成年人福利的方方面面无不系从这一理念出发,并以此为回归处。这便提出了新的课题:若将未成年人监护与抚养作为少年司法的组成部分,如何结合具体国情,特别是民众心理与历史传统处理好监护权确立、移转、变更与剥夺及收养等问题。尤其是民众极好脸面,耻于谈论家庭内部事务,特别是家庭暴力、虐待和照管不良等问题,如何立足现实,借鉴各国先进经验以实现未成年人利益最大化,将是考验学者与政策制定者智慧的又一研究难题。

二、国内外未成年人犯罪与偏差之现状

(一)我国未成年人犯罪与偏差状况总览

1. 大陆地区未成年人犯罪与偏差概览

依中国青少年研究中心《中国未成年人权益状况报告》统计,全国未满十八周岁的未成年人约有3.41亿,超过全国总人口的四分之一(26.1%)。① 而据共青团中央所属"中国青少年计算机信息服务网"估计,目前我国未成年人人口大约有4亿,在全国人口中三分天下有其一(34%)。② 其规模之大,前所未有。由于未成年人属犯罪高发人群,庞大的人口基数、居高不下的人口出生率与自然增长率已成为未成年人高犯罪率的重要因素之一。即便未成年人犯罪与偏差率保持相对较低的比例,其绝对数量仍不可忽视。2008年底席卷全球之金融风暴,对我国经济发展及社会稳定造成严重冲击。受此影响,各地由未成年人实施的"两抢一盗"案件

① 中国青少年研究中心:《中国未成年人权益状况报告》,载中国青少年研究中心网站,http://www.cycs.org/Article.asp? Category=1&Column=130&ID=8250,2009年1月8日。

② 共青团中央:《保护法》,载中国青少年计算机信息服务网,http://12355.youth.cn/flfg/35pufa/baohufa.html,2007年2月17日。

在次贷危机冲击后不久即呈现出上升趋势，为构建少年司法制度平添了诸多变数与不利因素。

未成年人犯罪与偏差之严重不单单体现在绝对数量与犯罪率的急剧攀升，更在于未成年人特殊生理、心理特征与其偏差和犯罪间的互动与作用。近些年来伴随经济快速发展，我国社会结构发生翻天覆地的变化，社会价值呈多元化态势，这对传统的家庭观念产生较大冲击。家庭功能已较前式微。由于手机、互联网等非平面媒体的推广，新的诱惑层出不穷，未成年人活动范围早已不再局限于三尺之地，而是延伸至社会各个角落。与成人犯罪相比，未成年人犯罪与偏差表现出较独特的特征，而这大都又与其身心发育密不可分。姜伟等刑法学者认为当前未成年人犯罪表现出如下态势，即：未成年人犯罪在人数和占犯罪总人数的比例上呈上升趋势，未成年人犯罪类型也明显增加；未成年人犯罪低龄化明显，且相当一部分未成年犯罪者再次犯罪率较高；未成年人团伙犯罪严重，犯罪暴力倾向加剧，犯罪手段向成人化、智能化发展。① 犯罪心理学者罗大华将近年来未成年人犯罪特点总结为十点，分别是：最多的犯罪类型为抢夺、抢劫、盗窃、杀人、伤害、强奸等；模仿成人作案，性质趋于严重；流窜犯罪比较严重；团伙犯罪突出；犯罪前主要为农民、辍学无业者和学生；低学历者多；有劣迹史的多；犯罪年龄有降低的趋势；无明确动机的犯罪占一定比例及重新犯罪率高。②

综合有关文献资料，特别是统计资料，本书作者认为，当前我国未成年人犯罪呈高发化、低龄化、团伙化、规模化、智能化及涉案种类多元化等特点。

首先，未成年人犯罪总量居高不下，发展态势堪忧，且呈攀升趋势。未成年服刑人在全部服刑人中的比例从新中国成立初期的1%，上升至20世纪70年代的4%，继而到90年代的7%。③ 虽然在部分省份某些年份呈现出缓和趋势，但近年来未成年人犯罪案件总体上仍不断增长。2000年至

① 姜伟、张寒玉：《论办理未成年人案件的公诉政策》，载《人民检察》2004年第12期，第13—14页。

② 罗大华主编：《犯罪心理学》，北京：中国政法大学出版社2002年版，第147—149页。

③ 参阅李伟、林金树、陈东才、杨琛、安进勇：《福建省违法犯罪青少年的个性特征研究》，载《法医学杂志》1999年第4期，第211页。

2003年,未成年人犯罪的人数呈上升趋势,占整个犯罪嫌疑人的比例依次为11.8%、12.0%、13.4%和18.9%。[①] 1999年至2005年,全国各级法院少年法庭共判处未成年被告人39.35万名,其中判决有罪的39.31万名,判决无罪的不过400多名。[②]

如此之大的未成年人犯罪总量不但与深刻变化中的社会经济因素密不可分,还与"婴儿潮"(baby boom)有一定关联。源于20世纪80年代中期的第三次人口出生高峰所造成的人口压力并未缓解,相反这些人已步入生育高峰,正经历第四次出生高潮。庞大的人口基数不但造成与环境、经济、社会发展相关的一系列尖锐问题,还可能对已凸显脆弱的未成年人犯罪防控机制造成巨大冲击,其负面效应不可等闲视之。需要说明的是,与发达国家相比,因治安管理处罚等的存在,我国刑法起罚点显著较高。如依照美国追究刑事责任的标准,未成年人犯罪的绝对数量可能还会呈爆炸性增长。若一旦再加上"身份过错"(status offense)这一常见未成年人偏差形式,未成年人犯罪与偏差之人数总量将是一个天文数字。

二是呈低龄化态势明显。未成年人作案动机往往单纯,盲目性较大,显示出其较有限的文化程度、社会阅历与是非辨别能力。随着我国经济物质生活水平的极大提高,未成年人在生理发育上远较前人为快。相应地,其受不良生活习气影响、走向犯罪的年龄也大为提前。从1998年到2003年,未成年人犯罪的年龄平均下降了2岁,由17.6岁降为15.7岁。[③] 以安徽省为例,2003年十四至十六周岁未成年人犯罪较上年增长23.2%;十六至十八周岁的则增长8.6%。[④] 据山东省济南市中级法院2007年的一项调查发现,犯罪人年龄从以往多集中在十七至十八周岁间已下降至十六周岁,甚至十四、十五周岁。调查还显示,从2001年到2006年,该市十六周岁以下的

---

① 转引自李俊丽、梅清海、于承良、章爱先、翟庆海:《未成年犯的人格特点与心理健康状况和应对方式的相关研究》,载《中国学校卫生》2006年第1期,第75页。

② 朱大强:《最高法院:推进中国特色少年司法制度的建设和完善》,载中国法院网,http://www.chinacourt.org/public/detail.php? id=194917,2006年2月11日。

③ 《未成年人犯罪相关数字》,载腾讯网,http://news.qq.com/a/20060206/000257.htm,2006年2月6日。

④ 侯丽惠:《去年我省未成年人犯罪率上升9%》,载《安徽青年报》2004年2月13日。

未成年犯数量从58人迅速上升为172人，且在整个未成年人犯罪数量的比例也从33.9%上升至41%。[①]

三是未成年人共同犯罪与团伙化犯罪趋向明显，组织日渐团伙化、规模化、职能化，特别是有成年犯参与其中的共同犯罪。2008年10月到2009年3月，张远煌等犯罪学者对北京、湖北、贵州三地未成年犯管教所进行抽样问卷调查，发现966名未成年服刑人中有85.7%与他人结伙犯罪。[②] 一些不法成年人利用法律漏洞与欠缺，以未成年人作为减轻和逃脱刑事责任之手段。以上海为例，近年来该市未成年人共同犯罪案件占未成年人案件总数的六成，其中未成年人与成年人结伙作案近七成。[③]

尽管未成年人团伙化犯罪规模、组织结构、犯罪形式尚不足以与成人帮派相提并论，但其危害性不断显露、趋势不断增强，已成为影响社会长治久安之重大隐患。且未成年人模仿能力较强，而相关配套法律与应急预案又远未完善，在可预见的数年内，少年帮派的持续发展仍可视为未成年人犯罪的重要表现形式之一，不可掉以轻心。

四是涉案犯罪类型日益增多，不但涉及盗窃、抢夺、抢劫等传统犯罪，且渗透至某些恶性犯罪，如杀人、强奸、贩毒、涉黑及高科技犯罪等犯罪类型中。在对1984年至2004年间上海未成年人刑事案件中的15,000余份卷宗进行抽样调查后，发现93%的问题少年常犯盗窃、抢劫、寻衅滋事聚众斗殴、强奸和故意伤害等五大类犯罪，其中盗窃和抢劫占80%以上。[④] 据湖南省未成年犯管教所调查显示，从2003年1月至2004年4月，在该所共收押的886名未成年犯中，抢劫罪占69%，强奸罪占9.5%，盗窃罪占7%，其他占14.2%。[⑤] 现在

---

① 张晓晶：《调查显示：未成年人犯罪低龄化低学历突出》，载新华网，http://www.sd.xinhuanet.com/news/2007-07/29/content_10706669.htm，2007年7月29日。

② 张远煌、姚兵：《中国现阶段未成年人犯罪的新趋势——以三省市未成年犯问卷调查为基础》，载《法学论坛》2010年第1期，第93页。

③ 毛懿：《沪未成年人犯罪状况公布 专家建议制订少年刑法》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/newscenter/2006—06/24/content_4741841.htm，2006年6月25日。

④ 毛懿：《沪未成年人犯罪状况公布 专家建议制订少年刑法》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/newscenter/2006-06/24/content_4741841.htm，2006年6月25日。

⑤ 邹大虬：《当前未成年人权益保护调查及对策研究》，载《广东青年干部学院学报》2005年第2期，第21页。

已很难发现在传统犯罪形态中无关未成年人的案例,即便是某些新型犯罪,如网络犯罪、传销犯罪及新型毒品犯罪,也常常可以看见未成年人身影。虽然绝对数量与比例不高,但近年来呈逐年增加态势,其潜在危险及程度亦不能等闲视之。

2. 港澳台地区未成年人犯罪与偏差概览

无独有偶,我国台湾地区同样面临未成年人犯罪率高居不下、犯罪手段日益复杂、犯罪后果日趋严重的困局。台湾地区"中央研究院"1995 年至 2001 年的五次社会变迁调查结果发现,"青少年犯罪"在历次调查中均排在前五名。[①] 以未成年人网络犯罪为例,近年来增长惊人,涉案人数增长高达 631%;而以破获案数来看,2003 年破获 387 件,2004 年增至 1,023 件,增长率亦高达 164%。[②]

在官方犯罪统计及独立调查基础上,我国台湾地区学者对未成年人犯罪发展态势进行了总结与归纳。如杨士隆认为,近年来未成年人犯罪呈现出下列特色与趋势:未成年人犯罪人数仍趋于缓和,呈现微幅波动走向;女性未成年犯罪人数增加,性别比率持续升高;未成年人犯罪种类历年仍以盗窃罪占最多数;未成年人药物滥用问题趋于缓和;未成年人暴力犯罪案件中,伤害、强盗抢夺等略有增加;未成年人犯罪之年龄以青春晚期较多;未成年人犯罪教育程度以国中阶段为最多,部分有中途辍学现象。[③] 黄富源将近年来台湾未成年人犯罪特征总结为多量化、暴力化、一般化、女性少年犯增加、少年窃盗犯仍居首位等现象与趋势。[④] 林山田、林东茂与林灿璋则将未成年人犯罪特征总结为:少年犯的人数与犯罪率均有降低、儿童犯有减少的倾向、少年盗窃犯所占比率最高及少年虞犯[⑤]滥用药物的比率甚高等四点。[⑥]

---

① "行政院"青少年事务促进委员会:《青少年政策白皮书纲领》,台北:"行政院"青少年事务促进委员会 2005 年版,第 109 页。

② 《台湾青少年网络犯罪日益严重　犯案率增长惊人》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/taiwan/2004-05/31/content_1499419.htm,2006 年 12 月 25 日。

③ 杨士隆:《犯罪心理学》(第三版),台北:五南图书出版公司 2006 年版,第 344 页。

④ 黄富源:《当前"我国"青少年犯罪原因与对策》,载(中国台湾)《"国家"政策论坛》2002 年第 2 卷。

⑤ 在我国台湾地区,所谓"虞犯少年"即为未有触犯刑罚法令行为,但有强烈犯罪倾向,政府有必要予以保护的未成年人。

⑥ 林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局 2002 年版,第 271—273 页。

香港地区之官方统计数字表明，1976年七至十五周岁未成年人犯罪比率尚为212人/10万人；到1989年时，该比率攀升逾四倍，达到创纪录的962人/10万人；之后缓慢递减，至1997年为800人/10万人。[①] 澳门地区同样面临着未成年人犯罪居高不下的严峻问题。1995年、1997年两项调查发现，青少年问题[②]分别被澳门居民视为第一严重、第二严重的社会问题。[③] 从作案类型看，呈现出以侵犯财产罪为主、毒品案件仍然突出、使用的手段日趋暴力及女性犯罪有较大升幅等特点。[④] 1999年澳门回归后，犯罪率有所下降；2009年澳门整体罪案减一成，青少年犯罪明显下降。[⑤]

（二）国外未成年人犯罪与偏差状况总览

国外未成年人犯罪与偏差状况依各国国情而有所差异。多数发展中国家，伴随着工业化及城市化之巨变与社会转型之阵痛，未成年人犯罪与偏差日显严重，成为威胁社会稳定与国家长治久安的主要不稳定因素之一。就发达国家而言，尽管个别国家未成年人犯罪与偏差某些特定时期此消彼长，但近些年来总体上趋向缓和，这与国家经济增长、社会稳定及未成年人犯罪防控措施得当不无关系。与此同时，在未成年人犯罪与偏差总体趋缓的大前提下，一些恶性犯罪有所抬头，无论是犯罪手段、主观恶意还是社会危害程度，均有过之而无不及，呈现出与先前有所不同的特点，其严重性仍不容等闲视之。各国无不忧心忡忡、殚精竭虑，以期未成年人犯罪与偏差得以有效缓解。

---

① Wong, Dennis. (2000). Juvenile Crime and Responses to Delinquency in Hong Kong. International Journal of Offender Therapy & Comparative Criminology. 44 (3), p. 279.

② 与大陆统计口径有所不同的是，澳门地区有时会将一定年龄区间的未成年人称之为"青少年"，如《违法青少年教育监管制度》第一条将年满十二岁尚未满十六岁之未成年人认为"青少年"。

③ 陈欣欣：《澳门青少年犯罪问题的未来趋势及其控制对策》，载《当代青年研究》1999年第2期，第46页。

④ 何超明：《在"违法犯罪青少年的司法保护"研讨会开幕式上的致辞》，载（中国澳门）澳门特别行政区检察院网站，http://www.mp.gov.mo/gb/int/2004-08-05m.htm，2004年8月5日。

⑤ 《2009年澳门整体罪案减一成、青少年犯罪明显下降》，载中国新闻网，http://www.chinanews.com.cn/ga/ga-sszqf/news/2010/02-05/2110633.shtml，2010年2月5日。

1. 美国未成年人犯罪与偏差概览

"全美犯罪调查"(National Crime Survey)显示,未成年人严重暴力犯罪在1973—1989年间保持相对稳定。[①] 未成年人犯罪与偏差,特别是未成年人暴力犯罪的拘捕数量之后开始显著攀升,至1994年前后达至顶峰。其后开始稳步减少,到2004年时未成年人的拘捕数比1994年相比下降了49%。[②] 据美国司法部"少年司法与未成年人犯罪预防署"(Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention,简称OJJDP)在《2004年未成年人逮捕情况》(*Juvenile Arrests in 2004*)中公布的数字,2004年全美共拘捕220万未成年人,占同期所有逮捕数量的16%。[③] 同期全美十八周岁以下未成年人为7,330万人,占总人口的25%。[④] 与其在总人口中的比例相比,未成年人在拘捕总量中的相应比例并不过分悬殊,这在一定程度上亦表明美国未成年人犯罪与偏差的绝对数量控制在相对稳定的区间内。目前,美国未成年人犯罪大体处于近20年来最低点,其他来源的数据也同样佐证未成年人因其违法行为遭受拘捕的数量及比例并没有随美国未成年人人口的增长而升高。

尽管美国未成年人犯罪与偏差情形总体趋缓,但在某些犯罪领域,特定未成年人犯罪仍呈高发态势,尤其是不绝于耳的校园枪击案件更是成为减缓未成年人犯罪与偏差状况的冥顽固石。64%的案件中,未成年犯不满十六周岁;而女性参与其中的比例更增至28%。[⑤] 未成年人犯罪与偏差所带来的不仅仅是对少年健康成长和社会治安的隐忧,还包括其直接造成的经济损失及政府和民间组织在救助与矫正其偏差所花费的巨额开支。据美国

---

① Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. p.11.

② Snyder, Howard. (2006). Juvenile Arrests 2004. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

③ Snyder, Howard. (2006). Juvenile Arrests 2004. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

④ The Federal Interagency Forum on Child and Family Statistics. (2006). America's Children in Brief: Key National Indicators of Well-Being.

⑤ Stahl, Anne. (2006). Person Offenses in Juvenile Court, 1985 - 2002. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.7.

“儿童安全网络经济与保险信息中心”(Children's Safety Network Economics and Insurance Resource Center)估计,由未成年人暴力犯罪所引发的医疗费用高达近60亿美元。①

2. 加拿大未成年人犯罪与偏差概览

与近邻美国相仿,近年来加拿大未成年人犯罪与偏差总体亦趋于缓和。2003/2004财政年度,加拿大平均每天羁押1,340名触法少年,其中包括720名被安置设防拘禁(secure custody)的少年与620名开放式拘禁少年。②在2005/2006财政年度中,全加少年法院共结案56,271起,较上年度下降2%;自2003年《青少年刑事司法法》(*Youth Criminal Justice Act*,简称YCJA)③通过后,少年法院案件受理量已下降了26%。④ 这一比例与同期警方数据大体吻合,佐证了加拿大未成年人犯罪与偏差呈稳定下降之趋势。

3. 英国未成年人犯罪与偏差概览

英国未成年人犯罪与偏差总体上亦呈逐步缓和态势。2003年,“犯罪与司法调查”(Crime and Justice Survey,简称CJS)对英格兰与苏格兰地区4,574名年龄介于十至二十五岁间的青少年就其参与“反社会行为”(antisocial behavior)进行调查。结果发现,29%的青少年表示在前一年犯有反社会行为。调查还表明,十四至十六岁间的少年比其他年龄组更容易犯罪与偏差,且40%的少年承认在过去一年从事至少一项反社会行为。⑤2005年,在对5,000名居住在英格兰与苏格兰地区的十至二十五岁青少年的“罪过、犯罪与司法调查”(Offending, Crime and Justice Survey,简称

---

① The Boy Scouts of America. (2007). Juvenile Diversion Programs: Successful Local Council Implementation Through Scoutreach. Retrieved November 16, 2007, from http://www.scoutreachbsá.org/resources/11-308/index.html.

② Canadian Children's Rights Council. (2007). Youth Correctional Services: Key Indicators. Retrieved November 6, 2007, from http://www.canadiancrc.com/articles/STATSCAN_Youth_Crime_01DEC05.aspx.

③ 《青少年刑事司法法》又被译为《青少年刑事审判法》与《青少年刑事法》等。

④ Statistics Canada. (2007). The Daily October 23 2007. Ottawa, Canada: Statistics Canada. p.11.

⑤ Hayward, Ruth and Clare Sharp. (2005). Young People, Crime and Antisocial Behavior: Findings from the 2003 Crime and Justice Survey. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office. p.1.

OCJS)中,74%的受访者认为其触犯了调查中所罗列20种犯罪中之一种。①亦即26%的青少年承认其在访谈进行之前12个月内至少犯有一次偏差,这与2003年的调查结果大体相当。

与警方认为未成年人犯罪有逐步放缓迹象相反,据2003年4月所进行的“英国国家统计局综合调查”(Office of National Statistics Omnibus Survey)表明,75%的受访者认为未成年人犯罪人数量在过去两年间有所上升。②仅“少年司法委员会”(Youth Justice Board,简称YJB)2003—2004年度就为被拘禁未成年人花费高达3.94亿英镑。③ 2006年,英国公共政策研究所的一项研究表明,越来越多的英国人认为青少年大多缺少教养、缺少纪律,正日益成为公共安全一大危害。④

4. 德国未成年人犯罪与偏差概览

在西欧各国中,德国未成年人犯罪与偏差(jugendkriminalitaet)呈快速攀升态势。1984年,西德十四至十八周岁未成年人犯罪数量大体不过300起/10万人;而到了1995年这一数字飙升至760起之多,⑤增加了一倍不止。两德统一后,被警方登记在案的十四岁以下儿童嫌疑犯到1996年达到创纪录的131,010人,占当年犯罪嫌疑人总数的5.9%。⑥ 之后,这一人群的犯罪率有所降低。2008年,德国十四岁以下儿童嫌疑犯为101,389人,较2007年降低了0.06%;十四岁至十八岁未成年犯罪嫌疑人为265,771人,较2007年下降了4.2%。⑦

---

① Budd, Tracey, Clare Sharp, Guy Weir, Debbie Wilson and Natalie Owen. (2005). Young People and Crime: Findings from the 2004 Offending, Crime and Justice Survey. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office. p. i.

② Hough, Mike and Julian V. Roberts. (2003). Youth Crime and Youth Justice: Public Opinion in England and Wales. Retrieved November 22, 2007, from http://www.nuffieldfoundation.org/fileLibrary/pdf/summary.pdf. p. 1.

③ 齐树洁主编:《英国司法制度》,厦门:厦门大学出版社2005年版,第574页。

④ [英] BBC:《英国大人“怕小孩”》,载http://www.bbc.co.uk/china/lifeintheuk/story/2006/10/061022_badkids.shtml,2006年10月6日。

⑤ Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p.59.

⑥ 徐久生:《德语国家的犯罪学研究》,北京:中国法制出版社1999年版,第210页。

⑦ German Federal Criminal Police Office. (2010). Police Crime Statistics 2008— Federal Republic of Germany (Abridged Version). Wiesbaden, Germany: German Federal Criminal Police Office. p.16.

随着德国步入“后工业化”时代，社会发展不再以单纯追求经济增长为目标，而辅之以福利国家之健全。但低迷的经济增长及来自东欧、南欧及土耳其等国非法移民的涌入，使社会矛盾有所转移。在犯罪总量持续下降的背景之下，德国针对新移民及非法移民的“仇恨犯罪”(hate crime)案件持续增长，在新纳粹旗下聚集的不少民族极端分子便是未成年人。

5. 日本未成年人犯罪与偏差概览

发达国家中，日本是几与瑞士媲美的低犯罪率国家，这与其浓厚的儒家与儒家文化熏陶不无关系。在较低的犯罪总量中，未成年人犯罪占犯罪总量的比例长期处于较低水平，但绝对数量仍呈上升趋势。二战后，日本少年犯罪的走向大体上可分为三个高峰期，即1951年的166,433名侦破少年犯；1964年的238,830名及1983年的317,439名。[①] 这一趋势一直持续到20世纪80年代末，之后少年犯罪总量有所回升。而到2000年前后，受泡沫经济负面影响，日本未成年人犯罪再次明显抬升。该年为未成年人重大刑案发生率最高的一年。[②] 之后，未成年人犯罪绝对数量呈稳步下降趋势。2006年全日本未成年人犯罪发案数量为112,817起，较上一年下降8.8%。[③]

与上述数据相比，未成年人案件虽然发案数较多，但真正被起诉至法院的则少之又少。仅2001年4月至2004年底，在因故意杀人罪被送到家庭裁判所的十六周岁以上的294名未成年人中，有178人又被检察官送回家庭裁判所，返送率高达61%，其中杀人罪和伤害致死罪分别为57%和55%。[④] 日本未成年人所从事的犯罪行为多为轻微刑事案件，警察与检察官在自由裁量权幅度内依职权进行“分流”(diversion)处分，这样最终进入家庭裁判所的未成年人案件就相对显得微不足道了。

---

① [日]濑川晃：《少年犯罪的现状与对策》，载[日]西原春夫主编，金光旭、冯军、张凌等译：《日本刑事法的重要问题》(第二卷)，法律出版社与成文堂2000年版，第189—190页。

② 参阅(台)陈慈幸：《日本青少年犯罪之现状》，载《刑事法杂志》2001年第2期。

③ Juvenile Division. (2007). Situation of Juvenile Delinquency in Japan in 2006. Tokyo, Japan: Japanese National Police Agency. Retrieved March 3, 2007, from www. npa. go. jp/english/syonen1/20070312. pdf.

④ 参阅张国清：《日本少年白皮书：近年来犯罪少年数量越来越多》，载新华网，http://news. xinhuanet. com/world/2005-11/08/content_3750630. htm，2005年11月8日。

6. 澳大利亚未成年人犯罪与偏差概览

历史上澳大利亚曾是英国放逐刑事犯与政治犯的蛮荒之地，时至今日，该国未成年人犯罪率并不高。据澳大利亚犯罪学研究院（Australian Institute of Criminology）2005 年一项报告显示，1981 年至 2004 年 24 年间，十至十七周岁未成年人拘留数呈逐年下降趋势；而 2004 年 6 月 30 日单日，全澳仅拘留 564 名未成年人，再创历史新低。① 即便如此，未成年人犯罪与偏差给社会所带来的危害与损失也是非常巨大的。仅以汽车盗窃为例，未成年人即造成 1.5 亿澳元损失；而澳大利亚政府维系少年司法运作耗资 5 亿澳元。②

但上述数据源自对全澳 2004 年以前之分析，具体到各州及不同犯罪类型，未成年人犯罪与偏差状况又有所不同。在新南威尔士州，未成年人“暴力犯罪和财物犯罪数量在 2007 年 1 月到 2008 年 12 月期间均保持稳”；但在 2004 年 1 月至 2008 年 12 月这五年中，“因家庭暴力袭击、无武器抢劫、破门私闯民宅以及商店盗窃和恶意破坏财产原因被起诉的人数有所上升”。③

第二节　西方未成年人保护与少年司法的回顾与展望

美国思想中最显著最清楚的事实之一是美国人强烈的事实感。这一理论将愉快地抛弃大量僵化的哲学体系而趋热烈地追求生活经历的多变性。它小心翼翼地发展着，直到确切地把握并且对其颜色、结构、重量、价值进行一定量的时间检验，才可能接受或崇拜某种理念。④

——林语堂（1895—1976）

---

① Veld, Marissa and Natalie Taylor. (2005). Statistics on Juvenile Detention in Australia: 1981—2004. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology. p. 14.

② Potas, Ivan, Aidan Vining and Paul Wilson. (1990). Young People and Crime: Costs and Prevention. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology. p. 10.

③ ［澳］马克·玛瑞恩：《澳大利亚少年司法系统和新南威尔士州少年司法的新趋势》，载《青少年犯罪问题》2009 年第 4 期，第 54 页。

④ 林语堂著，刘启升译：《美国人的智慧》，西安：陕西师范大学出版社 2006 年版，第 10 页。

少年司法肇始于北美,发展于欧日,至今已有110多年的历史。拘于国情,各国少年司法体系特点各异、效果不同,均经长期历史演变与整合而逐渐成型。虽然因社会政策某些显微变化而不免时常进退辗转,少年司法整体上仍彰显出较强的制度优越性。最近三十年来,少年司法逐步蔓延至各主要发达国家与地区,成为推动当地未成年人保护及未成年人犯罪与偏差矫正与预防的利器。其中尤以美国为盛,少年司法与福利理论日臻健全,其立法与实践的完备性、严密性及先进性一直处于国际领先水平。故对国外,特别是对欧美少年司法与未成年人保护追根溯源实有必要,从法律文化的继承和交融中研究我国少年司法改革如何借鉴欧美先进经验和成功做法,并吸取其改革中的经验与教训,供构建我国少年司法制度反省、参酌和借鉴,以改变我国未成年人司法改革的失衡状况。

一、古代西方未成年人保护与少年偏差行为处理

追溯人类历史,不难发现未成年人保护与犯罪问题一直萦绕诸国。古埃及与古巴比伦同为文明古国,但对未成年人保护的态度却有所不同。在古埃及,子女得享有较充分的独立权利,能自由支配个人财产,子女可继承父母及母系亲属的财产。作为长子或长女,可拥有某些特权,如因承担分产事务可多获一份财产。倘若出现弑父这种大逆不道之事,古埃及人处理起来也毫不留情,痛下杀手,处以极刑,使不肖子"受尽剐肉和滚钉板之苦,最后将其烧死"。[①] 成文于3700多年前的《汉谟拉比法典》(*Code of Hammurabi*)规定有关未成年人离家出走、不服从父母管教及儿子诅咒其父的处理方法。法典第168条规定,"父亲有权决定子女婚姻,有权剥夺儿子财产继承权";第117条规定,"父亲可将子女送去抵债或出卖,而子女必须服从,不得违抗"。不但如此,法典对有恶行的子女作了详细处罚规定。如第195条规定,"儿子殴打父亲的,要断其手指";而第192条规定,"养子不承认养父母的,要割舌"。[②] 不

① 林榕年主编:《外国法制史》(第二版),北京:中国人民大学出版社2006年版,第19页。

② Cox, Steven, John Conrad and Jennifer Allen. (2003). Juvenile Justice: A Guide to Theory and Practice (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p.3.

难发现,子女在家庭中没有丝毫独立地位可言,不过是父母私有财产罢了。这是古巴比伦人在未成年人保护与家庭关系方面的法律,也是目前有文字记载的最早尝试。

在爱琴海,斯巴达为古希腊城邦国,国民骁勇好战。为保证充足而健壮的兵员,待新生儿出世后,对体格检查不合标准者随即抛弃荒野。母亲亦用酒精为婴幼儿沐浴,任由体质孱弱者死去,以挑选出体格最优者。这种方法简便易行,成为影响古斯巴达百余年征战不休的人力基础,但不免过于残忍与缺乏人道。生活在今天以色列与巴勒斯坦地区的古希伯来人将年轻人划分为婴幼儿期(infant)、前青春期(prepubescent)与青春期(adolescent)三类,对其刑罚随年龄递增而有所加重。

作为基督教的经典教义的《圣经·旧约》(*Old Testament*),对西方世界未成年人保护与亲子关系塑造有举足轻重的影响力。先知亚伯拉罕(Abraham)是上帝从众生中所挑选并赐福的人,《创世纪》(*Genesis*)中记载着这样一个故事:

【案例四】

亚伯拉罕蒙了神的恩典,在一百岁的时候生有儿子艾萨克(Isaac)。上帝耶和华欲测试亚伯拉罕对其忠贞度,要后者到摩利亚地的山上献祭其独生子艾萨克,"你带着你的儿子,就是你独生的儿子,你所爱的艾萨克,往摩利亚地去,在我所要指示你的山上,把他献为燔祭"。路上,亚伯拉罕与艾萨克有一段惊心动魄的对白,艾萨克对他父亲亚伯拉罕说:"父亲哪。"亚伯拉罕说:"我儿,我在这里。"艾萨克说:"请看,火与柴都有了,但燔祭的羊羔在哪里呢?"亚伯拉罕面不改色地回应说:"我儿,神必自己预备作燔祭的羊羔。"直到这个时候,亚伯拉罕仍然欺瞒艾萨克此行目的。但是当二人赶至目的地后,亚伯拉罕终于横下心来,"他们到了神所指示的地方,亚伯拉罕在那里筑坛,把柴摆好,捆绑他的儿子艾萨克,放在坛的柴上。亚伯拉罕就伸手拿刀,要杀他的儿子"。在这千钧一发之际,耶和华的天使及时现身,并说"你不可在这童子身上下手,一点不可害他"。之所以阻止亚伯拉罕,仅不过"现在我

> 知道你是敬畏神的了。因为你没有将你的儿子,就是你独生的儿子,留下不给我”。事后,为褒奖亚伯拉罕,神说:“你既行了这事,不留下你的儿子,就是你独生的儿子,我便指着自己起誓说,论福,我必赐大福给你。论子孙,我必叫你的子孙多起来,如同天上的星,海边的沙。你子孙必得着仇敌的城门,并且地上万国都必因你的后裔得福,因为你听从了我的话。”①

欲将独生子祭祀给神的亚伯拉罕获得了意想不到的“大福”,多如“天上的星、海边的沙”的子嗣、“你子孙必得着仇敌的城门”及“地上万国都必因你的后裔得福”,但是这一切的获得怎么都显得较不光彩。唯一的儿子充当了其父效忠的试金石,尽管故事以皆大欢喜的结局出现:神如愿以偿地验证了信徒的忠贞,信徒向膜拜的神灵敞开了心扉,并从神处因忠诚而获得了奖赏。需要说明的是,所谓“燔祭”系指需要将所献上的整只祭牲完全烧在祭坛上,全部经火烧成灰。想想亲生父亲磨刀霍霍、烧烤骨肉是怎样一部人间惨剧。为了回报神的恩赐而牺牲人性,将其子燔祭,让人不寒而栗,即便后面出现戏剧性的天使阻拦。《圣经 · 旧约》的编纂是在“巴比伦之囚”(Babylonian Captivity)之后开始的,大致成书于公元前400年左右,反映了当时的历史与社会变迁。上述牺牲子女的故事虽不能确切予以考证其真伪,但至少从一个侧面反映出这一时期人们对亲子关系的认识。在那个时代,未成年人不过是其父母的私有财产而已,任由其驱使。据后世解经家的分析,艾萨克的表现或者说其经历可以看为基督的预表,比如“父的爱子”、“承受父亲一切的产业”、“借着恩典而不是借着努力,甘愿牺牲、顺服至死”及“得着新妇”。②

据《出埃及记》(*Exodus*)记载,大概公元前13世纪,犹太先知摩西(Moses)带领以色列人逃离埃及前往上帝所应许的流着奶和蜜之地——迦南地。途中,上帝下达了一系列法律,即《摩西法典》(*Mosaic Code*)。它规

---

① 《旧约 · 创世纪》。

② 参阅《以撒——百度百科》,载 http://baike.baidu.com/view/357571.htm,2007年8月3日。

定了十条基督徒应当恪守的法则，史称“摩西十戒”（*Ten Commandments*）。其中第五戒约定，“当孝敬父母，使你的日子在耶和华——你上帝所赐你的土地上得以长久”。[①] 依该法典，父母可送逆子赴法庭受审，可处逆子由本城民众以石击毙，还可将子女任意婚配或抵押为奴。[②] “摩西”一词源自古埃及语，意为“儿子”或“儿童”，从中不难看出其与未成年人保护千丝万缕的联系。尤为值得一提的是，据《圣经》记载，因嫉恨移居埃及的以色列人的富有与勤奋，以色列法老下令杀戮所有以色列新生婴儿。摩西的母亲“就取了一个蒲草箱，抹上石漆和石油，将孩子放在里头，把箱子搁在河边的芦荻中”。[③] 这便是为什么“摩西”在希伯来语中“从水中来”的缘由。

圣徒保罗（St. Paul）第三次旅行布道后，在罗马坐监时写有《以弗所书》（*Ephesians*）。该信云，“你们作儿女的，要在主里听从父母，这是理所当然的”、“要孝敬父母，使你得福，在世长寿，这是第一条带应许的诫命”。[④] 英国历史学家阿诺德·汤因比（Amold Toynbee，1889—1975）曾指出，“自从我们的西方基督教社会在一千二百年以前从教会的母体里呱呱坠地以来，我们的祖先和我们自己都一直是受它的养育哺乳之恩”、“基督教的病毒或是仙丹已经进入我们西方人的血液——说不定它就是不可缺少的血液的别名”。[⑤] 随着基督教的广为传播，这些教义也流传到包括美国在内的世界各地，深刻影响着许多国家的司法理念与制度。

在罗马法（Roman law）下，父亲对其未成年子女享有几无限制的权力，包括生杀予夺（just vitae necisque）、售卖子嗣及包办婚姻等等。这些都是“父权”（patriae potestas）的范畴，也就是父亲对其子女、其男系中较远的后裔及对收养到家庭中来的人所行使的权力。罗马法中对后世法系影响最为深远的莫过于成文于公元前 451 年至前 450 年左右的《十二表法》（*Law of*

① 《旧约·出埃及记》。

② 林榕年主编：《外国法制史》（第二版），北京：中国人民大学出版社 2006 年版，第 50 页。

③ 《旧约·出埃及记》。

④ 《新约·以弗所书》。

⑤ 转引自衣家奇：《基督教原罪论对现代刑法的启蒙》，载《法律科学——西北政法学院学报》2006 年第 3 期，第 66 页。

the Twelve Tables)。《十二表法》因其条文刻录在十二块铜牌而又被称为《十二铜表法》。其中第四表规定,"对畸形怪状的婴儿,应即杀之"、"家属终身在家长权的支配下"、"家长得监查之、殴打之、使作苦役,甚至出卖之或杀死之;纵使子孙担任了国家高级公职的亦同"。显而易见,身为家长的父亲对包括其未成年人子女有诸如"监查"、"殴打"与"使作苦役"等权力,甚至"出卖之或杀死之"。而且这些权力随着子女出生而由其父亲享有,即便子女日后成为达官贵人亦是如此。值得一提的是,《十二表法》在一定程度上也对父权进行了限制,如同样是第四表,即规定,"若父亲三度出售己子,其子可脱离父子关系"。随着罗马帝国开疆拓土,其父权理念得以扩展至欧洲大陆及地中海沿岸的其他角落。

在被称为"黑暗时代"(dark age)的中世纪,在500年至1400年的漫长时间里,对未成年人的保护与关心长期停滞不前。这在很大程度上要归咎于当时人们对未成年人权利的漠视、无知及不屑。法国启蒙思想家让·雅克·卢梭(Jean-Jacques Rousseau,1712—1778)曾一针见血地指出,"我们对儿童是一点也不理解的:对他们的观念错了,所以愈走就愈入歧途。最明智的人致力于研究成年人应该知道些什么,可是却不考虑孩子们按其能力可以学到些什么,他们总是把小孩子当大人看待,而不想一想他还没有成人哩"。[①] 在考察中世纪未成年人发展后,法国历史学家菲利普·埃里斯(Philippe Aries,1914—1984)曾说明,一旦未成年人被认为不需要母亲或奶妈相助而有活动能力后,即可被视同成人,而不论其是否年满七岁。[②] 换言之,未成年人的孩提时代被人为地大大缩减。英国历史学者哈利·亨德里克斯(Harry Hendriks)曾不无辛辣地指出:"如果说女性是被掩藏在历史里,那么儿童更是被排除在历史之外。"[③]该时期的艺术品甚至都不愿意再现孩提时代,相反将儿童视为"小男人"或"小女人",[④]

---

① [法]卢梭:《爱弥儿》。

② Newburn, Tim. (2002). Young People, Crime and Youth Justice. In Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner (eds.). The Oxford Handbook of Criminology (3rd edition). New York, NY: Oxford University Press. p. 532.

③ 居敬:《在历史中发现儿童的身影》,载《南方都市报》2008年12月21日。

④ Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 159.

这抹煞了未成年人与成年人在生理与心理上的差异。大量文献记载表明,这一时期父母常常对子女关心与爱护不够。对于那些家境殷实的小康之家,大多数母亲并不亲自喂养子女,而是交由奶妈喂养。更有甚者,新生儿从出生起一直到三四岁都不在父母身边,而是与奶妈共同生活。据一项1780年所作的调查显示,"时尚之都"巴黎该年共有21,000余名新生儿,其中17,000人被送到乡下寄养,3,000人送到育儿所(nursery home),700人由奶妈住家喂养,最后仅有700名婴儿由其母亲喂养。[①] 由于奶妈的不敬业与非专业化,中途夭折的婴幼儿不计其数。而由仆人与奶妈实施的性侵犯当时在欧洲大陆也是司空见惯。[②]

如同其他历史时期宗教在社会变革中的重要推动作用,天主教与基督教在其发展后期也对未成年人救护表现出浓厚兴趣的倾向。例如1704年,教皇克莱蒙特十一世(Pope Clement XI,1700—1721年在位)于罗马设立了圣麦克医院(Hospital of St. Michael)。这是西方有史以来第一所矫正问题少年的专业机构,其目的在于将顽劣不化的问题少年矫正为守法公民。受时代所限,这所机构在许多方面不完全尽如人意,特别是其以医院作为矫正机构之名颇有些匪夷所思,毕竟所收容的均为言行举止亟需教化的问题少年而非病患。尽管如此,该机构在未成年人教护方面进行了若干重要创新,例如分配给问题少年不同工作以训练其成为熟练工人,提高职业技能,这对于其日后出院寻找工作不无帮助。

二、美国少年司法之沿革及衍变

(一)导论

在其所著《少年司法:系统、程序与法律》(*Juvenile Justice: The System, Process and Law*)中,美国刑法学家罗兰多·卡门(Rolando del Carmen)与其同事将该国少年司法百余年来的发展历史划分为四个主要阶段,分别是前

① Clement, Mary. (2002). The Juvenile Justice System: Law and System (2nd edition). Woburn, MA: Butterworth-Heinemann. p.3.

② Dorne, Clifford. (1997). Child Maltreatment: A Primer in History, Public Policy and Research (2nd edition). Guilderland, NY: Harrow and Heston. p.16.

少年法院时期(pre-juvenile court era)、少年法院时期(juvenile court ear)、少年权利时期(juvenile rights era)与犯罪控制时期(crime control era)。若以年代划分,卡门认为“前少年法院时期”起止于1600年与1898年间,即从北美殖民地时期到1899年芝加哥少年法院的成立时为止;而“少年法院时期”则横跨1899年至1966年,也就是到民权运动高涨的前夜;至于“少年权利时期”则从1967年延续到1979年,以联邦最高法院系列案例的通过为契机来推动未成年人权利保障;从1980年起至今方兴未艾的则被标榜为所谓的“犯罪控制时期”,这一时期美国保守主义在刑事司法领域的重新抬头标志着美国少年司法政策的迂回。①

犯罪学家伦纳德·特瑞通(Leonard Territo)、詹姆斯·哈斯特德(James Halsted)与马克斯·布卢梅利(Max Bromley)则将1646年至今少年司法发展的历程分为四个阶段,即清教徒时期(puritan era)、庇护所时期(refuge era)、少年法院时期(juvenile court era)与少年权利时期(juvenile rights era)。其中,“清教徒时期”起止于1646年至1824年,“庇护所时期”起止于1824年至1899年,“少年法院时期”起止于1899年至1960年,而“少年权利时期”从1960年延续至今。② 与卡门的分类相比,特瑞通等人将少年法院成立前的历史更细分为“清教徒时期”与“庇护所时期”。而卡门则将特瑞通等人之“少年权利时期”再细分为“少年权利时期”与“犯罪控制时期”。除此之外,这两种分法在年代认定方面还有些微差别,即卡门认为美国少年司法可溯源至1600年,而特瑞通等人则认为该起算时间应退后至1646年;卡门还将“少年权利时期”从1960年起算,而特瑞通等人则精确到1966年。

几相比较,美国犯罪学家玛丽·克莱门特(Mary Clement)站在更高的角度,将未成年人保护与少年司法沿革放在国际未成年人保护史这个大环境之下进行考虑。在她看来,目前安置问题少年与受虐少年的美国少年司法系溯源自四个历史时期发展的产物,即中世纪欧洲时期(biblical and

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 5 - 9.

② Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 544 - 548.

medieval Europe)、英格兰时期(English history)、早期北美殖民地时期(early colonial America)与19世纪改革运动时期(19th Century reform movement)。[①] 显而易见,这些都可视为美国少年法院正式成立之前未成年人事业的部分注脚。

本书作者以上述学者时间划分为基础,结合其他文献资料对美国少年司法百年发展脉络重新作如下梳理:前少年法院时期、少年法院创设与探索期、少年权利时期以及少年司法晚近变革期四个主要阶段。具体年代划分,"前少年法院时期"大致从北美殖民地拓殖至1899年少年法院成立之前,"少年法院创设与探索期"从1899年少年法院之成立延续至20世纪60年代中期,"少年权利时期"从60年代中期延续到70年代末,而"少年司法晚近变革期"则从80年代中期至今。当然,这种四分法本身并不绝对排斥再于其中进行更为细致的划分。此外,本书还针对少年法院所面临的机遇与挑战,就美国少年司法面临的困境与少年法院存废之争分节专述之。

(二)前少年法院时期

依普通法传统,英美国家常以年龄差异将犯罪人划分为两大类,即所谓的成年人(adult)与婴幼儿(infant)。依据这种划分,法院及相关机构对于年龄不同的犯罪人便有以下三种不同处理模式:七周岁以下的婴幼儿被推定不具有犯罪意图而无须承担任何刑事责任;七至十四周岁的问题少年可因"年幼抗辩"置身其外,除非检控方有充足证据证明其明显具有犯罪能力;十四周岁以上的未成年人被视已较成熟而可像成年被告人一样在法院接受审判。即便如此,在现代少年法院成立之前的绝大部分时间,对于未成年人而言并不是坦荡的。未成年人通常得接受与成年人一样的庭审程序及刑罚;更有甚者,未成年人一旦获罪亦有可能面临死刑。据称这段时间里,全美计有十余位十四岁以下,包括两位刚年满十岁的未成年人被处以死刑。[②]

① Clement, Mary. (2002). The Juvenile Justice System: Law and System (2nd edition). Woburn, MA: Butterworth-Heinemann. p. 2.

② Kresnak, Jack. (2003). Covering Crime and Justice—Juvenile Justice. Retrieved November 26, 2007, from http://www.justicejournalism.org/crimeguide/chapter02/chapter02.html#introduction.

早期美国审理未成年人犯罪与偏差的法院不外乎两种形式:其一为衡平法院模式,另一种则以刑事法院审理未成年人。以后者为例,法官和陪审团经常宣判问题少年无罪,尤其是当他们被指控犯有非暴力罪行时判决往往比较怜悯,因为法官们认为宣判无罪比把这些未成年人投进监狱更合适。期间,陪审团否弃权(jury nullification)[①]在对被起诉少年的无罪宣判中扮演重要角色。当时,纽约教友派信徒试图在那些担忧陪审团否弃权带来的影响和反对把未成年被告人监禁在成人矫正监所及使其有可能被处以死刑的对抗之间建立一种平衡。当陪审团认为某一案件与呈堂证供相抵触时,其会认定被告人无罪或者判决较轻刑罚。对于陪审团否弃权有时会导致未成年被告人游离于刑事处罚之外的后果,检察官们常常郁闷异常,却又无可奈何。[②] 但陪审团否弃权之行使对未成年人保护起了实质性的推动作用,加速了少年法院的形成。

"田纳西州诉玛丽·达赫蒂"(*State v. Mary Doherty*)一案,浓缩了19世纪美国审理未成年人案件惯常做法之侧影。

【案例五】

在本案中,达赫蒂尚不过为年近十二三岁的孩童而已,却已被指控谋杀亲父。法庭之中,达赫蒂总是默不作声,一语不发,对所控罪名拒不答辩。面对这种情况,陪审团需要判定达赫蒂之所以沉默是出于其邪恶本质还是来自"上帝惩戒"(visitation of God),否则无法确定能否继续审理。为此目的,陪审团传唤数名证人出庭。这些证人大多系达赫蒂邻居,对其言行甚是了解。他们都认为,达赫蒂平素与常人无异,家庭中兄友弟恭,关系融洽。然而,出乎意料的是,庭审中达赫蒂却一反常态,对这些昔日邻居的问候置之不理。而来自看守所的报告亦不容乐观,看守称达赫蒂对其提

---

① "陪审团否弃权"系指陪审团宣告表面有罪之人无罪,而不是施以不合比例的制裁措施。

② Shepherd, Robert. (1999). The Juvenile Court at 100 Years: A Look Back. Juvenile Justice. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

问心不在焉，且入监后至今仅自语三四次。更为要命的是，连日来达赫蒂几乎滴水未进。即便是其兄弟探监，达赫蒂反应亦同样冷淡。由此，辩护方主张达赫蒂神志不清，缺乏最基本的表达与理解能力，对所控罪名一无所知。法官在随后对陪审团之指示（jury instructions）①中指出，除了考虑达赫蒂是否具有语言交流能力外，还要判断其是否知悉所控罪名轻重。最后，陪审团认定达赫蒂不过是因“上帝惩戒”而暂时失声而已。据此，法庭判定过一段时间后达赫蒂应会主张自己无罪。于是，法院正式审理达赫蒂案，最后认定其不具有刑事行为能力，因而无须承担刑事责任。②

除审理外，早期对问题少年之矫正也有异于目前的通常模式。少年犯与成年犯关押在一起，两者较长时间共处一室，少年犯可从成年犯处“学习”到形式多样的犯罪技能与逃生技巧。即使成年犯未主动传授，少年犯仍可耳濡目染，潜移默化中沾染不良习气。不但如此，限于体能和智力，少年犯还可能遭受成年犯各种盘剥，甚至性侵犯。这些无疑加重了少年犯的精神压力，增强了其社会报复心理，为其出狱后表现徒增了不安变数。

美国内战之前，在问题少年矫正方面的变革长期裹足不前，直至废奴的实现为广大未成年人处分的改善方提供了契机。宗教力量在其间起到了不可或缺的推动作用，甚至左右了未成年人矫正制度的革新。1787 年，教友派在宾夕法尼亚州建立了由社会名流、贤达、宗教人士参与其中的“费城减轻公立监狱惨境协会”（Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of the Public Prisons），对既存监狱体系表现出极大关注。首先一家名为“高街拘留所”（High Street Jail）的运作引起教友派的严重关切。通过定期探视与提供各种饮食义务以及指定宗教信仰，教友派对监狱存在的各种问题了然于心。③

---

① 所谓“法官对陪审团之指示”，系指庭审结束后法官向陪审团提供全面而中立的法律条文及裁决的政策性含义，以供陪审团裁判参考之用的诉讼程序。

② State v. Mary Doherty. 2 Overt. Tenn. Rep. 79 (1806).

③ Champion, Dean (2010). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (6th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 50.

始建于1776年的“核桃街拘留所”(Walnut Street Jail)则是未成年人矫正制度发展的里程碑,以宗教感化来改造监狱硬件以及通过强制劳动、差别关押等举措重塑犯罪人身心。具体来说,该拘留所在下述三个主要方面均表现出不同以往监所的运作特点:一是倡导“单独监禁”(solitary confinement),十六间牢房被予以改造以便晚间将犯罪人分别关押;二是依据所犯罪刑轻重,各方面情况类似的犯罪人被集中关押;三是晚间时,女犯、问题少年与成年男犯分别关押。[①] 上述分类别关押首开犯罪人个别处分之先河。该拘留所还革命性地引入“更生重建”(rehabilitations),倡导培训犯罪人多种谋生技能,包括缝纫、制鞋以及木匠活。绝大多数犯罪人还可因其工作获得一定报酬,尽管其中大多会被用作支付其监所内食宿开支。[②] 虽然有些具体制度设计还显粗陋,但与现代矫正制度已有较多相似之处,对后来包括未成年人矫正制度的现代化建设提供了可供借鉴的范本。

由“未成年人犯罪预防协会”(Society of the Prevention of Juvenile Delinquency)倡导,纽约州于1825年率先成立了首家庇护所(House of Refuge),其他各州亦争先效仿。庇护所旨在将未成年人保护起来,免受周边不良影响。表面看起来,这似乎与其时其他监狱并无两样:除了每天四小时强制学习外,未成年人要工作八小时,做些诸如裁缝、制作黄铜家具和银漆品的工作。他们当中的许多人并不是罪大恶极,仅不过触犯身份过错而已。此类庇护目的是接纳将成为无业游民或已定为刑事犯罪的少年,因而有其独到之处:一方面,将问题少年安置于特殊监所中予以教化,使其不再逍遥法外;另一方面,它又有别于一般监狱,对问题少年以挽救辅导为主要处分方式。不但如此,它还将那些穷困、身受虐待或遗弃的未成年人,特别是孤儿置于保护之下,为其提供必要居所、食品和衣物。[③] 庇护所为后来美国未成年人假释制度的构建及运作提供了较多经验。

---

① Champion, Dean (2010). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (6th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 50 – 51.

② Champion, Dean (2010). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (6th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 51.

③ Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 341.

然而,庇护所的局限性也是有目共睹的,类似监狱化的运作对未成年人的救助与矫正作用仍相当有限。而其强调艰苦劳作、严格纪律以及密集学习等手段来强化有关成果,又免不了强迫的内容。庇护所缺乏足量有经验的专业人员也为后世所诟病,例如主要由义工和社工所组成的员工队伍对个别咨询、团体治疗等心理学知识知之甚少,这无疑在很大程度上影响并制约着庇护的实际效果。而且关押对象主要局限于街头流浪少年以及轻微偏差少年,大量触犯重罪(felony)①的未成年人仍被羁押在成年人监狱,这也是庇护所不足之处。

几乎与此同时,以"未成年人拯救者"(child saver)名义出现的各类未成年人服务和保障机构如雨后春笋般在纽约、费城、波士顿以及芝加哥等地纷纷涌现。"未成年人拯救者"并不是一个实际存在的独立机构,相反它是一系列类似机构的总称,且含义并不明确,其成员多来自上流社会或中产阶级,力量分散,目的单纯,以解决社区内所存在的现实未成年人问题为己任。其所推动的"未成年人拯救运动"形式多样,内容丰富,比如为触法少年或街头虚掷人生的未成年人提供饮食和保护中心。而在后者中,许多富有教育意义的社会活动轮番上场,为这些少年带来许多慰藉、帮助和指导。

从19世纪中叶起,少年感化院(reform school)在美国各地建立起来。1846年于马萨诸塞州成立了"利曼男童感化院"(Lyman School for Boys),这是全美第一所少年感化院。到19世纪末,所有州都建立了形式不同的未成年人感化院,包括专门为未成年女性所开设的感化院。这些感化院常设在乡下或牧场之内,未成年人亦需完成一定体力劳动。感化院以"家庭结构"(family system)方式以培养少年"健全之基督徒品格"(sound Christian character)。与以前未成年人机构相比,少年感化院具有这样几个显著特点:将问题少年和成年犯隔离开;助其脱离不利的家庭环境,"为少年自身有益"(for their own good)而关押他们;诉讼程序最小化;提供过渡性判决直至少年被成功改造;若其他手段无效,可使用惩罚性安置;通过军事训练、体育锻炼和监督以帮助其改变懒散的生活习性;下放问题少年到乡下村舍之

① 依美国刑法,重罪(felony)为可被判处一年以上监禁刑或死刑的犯罪行为;与之相对应,轻罪(misdemeanor)则为可被判单处罚金或不超过一年拘留所(jail)拘禁的犯罪行为。

中;注重教育,尤其是职业教育和宗教教育以教化少年以及教导问题少年谨慎、节俭和勤奋。①

由于这些庇护所、感化院的设置,使得很多问题少年得以在一些与传统监所不同的处所来进行有效反思和矫正。其目的在于将那些犯有过失、对社区造成危害,但有改造向上倾向的问题少年施以特殊处分,以便其尽快和有效地矫正。

1870 年,伊利诺伊州最高法院通过判例指出,把未被定罪或未获合法正当程序保障之少年监禁在芝加哥感化院(Chicago Reform School)的做法不合时宜,因而违宪。该州最高法院认为此类学校徒有虚名,对问题少年的矫正效果值得怀疑。两年以后,该院被迫关闭,宣告有罪的少年被移交到其他感化院,尽管此类学校大都大同小异。②

(三)少年法院创设与探索期

历经独立战争及南北内战硝烟的洗礼后,美国也赶上了第一次工业革命的末班车。移民不断涌入与人口剧增、民主共和制度的发展与废奴运动的感召、科技革命的推广以及西进运动的拓殖都为这个新兴国家的发展注入源源不断的新鲜元素。到 19 世纪末,美国社会已经成功地从一个农业、乡村社会过渡到了工业、城市化社会。但传统的社会形态面临着诸多挑战,社会变迁并不是牧歌式前行。许多贫困儿童流落街头,其中相当多的未成年人从事各种犯罪与偏差。社会有识之士对此忧心忡忡,期待以某种全新方式来解决层出不穷的未成年人问题。

来源于社会的、经济的和文化上的变迁,伴随着工业化和城市化的进程促发了"前进运动"(Progressive Movement,1890—1920)。新兴中产阶级,利用公民社会和政治参与的机制,推动政府承担起保障公民特别是弱势社会群体基本权利的责任,以保证公民能较公平均等地分享工业经济"前进"所

---

① Shepherd, Robert. (1999). The Juvenile Court at 100 Years: A Look Back. Juvenile Justice. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

② Fox, Sanford. (1996). The Early History of the Court. The Future of Children: The Juvenile Court. 6(3), p.31.

带来的成果。[1] “前进运动”扩大了美国联邦和各州政府的功能,改变了政府的权力结构和运作模式。这次社会思潮影响巨大,对社会意识形态和实际问题分析都带来了全新认识。

受此影响,人们对刑事司法理念和实践进行了反思和重新构建。他们认为应当对未成年人保护体系进行修正和完善,考虑如何从制度层面来构建更为有效的未成年人保护措施,提倡并主张“少年中心”主义,不但要建构少年劳工法(child labor law)、少年社会福利法、强制入学法(compulsory school attendance),还必须建立一种全新的少年司法保护体系。[2] 少年法院先行者们还为19世纪矫正技巧和社会科学新领域的知识发展所鼓舞,接受了当时统治社会科学领域的实证主义观点,而这些实证主义的研究成果给予和不断增强了他们创设少年法院的信念。这样,国家如何有效代表“儿童最佳利益”就摆在改革家们面前,而这种变化就直接导致了少年法院的最后形成。

在教育和保护理念指导下,伊利诺伊州议会于1899年通过了《安置生活不能自理、照管不良和不法少年条例》(*Act to Regulate the Treatment and Control of Dependent, Neglected and Delinquent Children*),即《伊利诺伊州少年法院法》(*Illinois Juvenile Court Act of 1899*),允许各县设立一所以上的专门法院处理十六周岁以下问题少年案件。这通常被认为是少年法院(juvenile court)创设的标志,问题少年从此逐渐被认为是那些“偏差少年”,需要由政府出面来予以救助,而不是像成年犯那样接受刑罚与惩戒。该法案体现出浓郁的“国家亲权”思想,亦即政府职责所在是以“国家父母”身份出现,为那些偏差少年提供适当处分,以便这些问题少年得以矫正并早日回归社会。

【案例六】

当年仅十一岁的亨利·坎布尔(Henry Campbell)出现在位于芝加哥市中心的库克县厅舍三楼的法庭时,可能尚无从知悉该案

① Feld, Barry. (1999). Readings in Juvenile Justice Administration. New York, NY: Oxford University Press. p. 6.

② Jensen, Eric. (2006). An Historical Overview of the American Juvenile Justice System. In Eric Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System (edited). Portland, OR: Hart Publishing. p. 83.

给其自身及家庭所带来的后果，更不知晓多少人幕后工作所付出的艰辛。这个案子是由坎布尔母亲提起的，她指控其子犯有盗窃罪。立案之后，主审法官与缓刑官们进行了多次非正式沟通以理清案情及分析适当的处分措施。而在正式庭审时，被告人父母却又反复澄清其子秉性良好，之所以作奸犯科完全系受其他坏孩子蛊惑所致。他们再三恳请法官手下留情，不要将坎布尔判牢狱之灾，而可送至纽约祖母处，由后者严加管教。最后，法官同意这一请求，并作出相应的非正式处理结果。①

本案对坎布尔本人产生较大影响：从消极方面看，作为不入监条件，他须远足千里之外。然而，从积极一面看，他不用忍受案件的久拖不决，也不用蹲监入狱；而且因为案件处理的非正式性，法官的判决结果将对其未来生活不会产生重大影响。该案对催生美国少年司法制度的重要性之大，是坎布尔所始料未及的。这一天是 1899 年 7 月 3 日，历史上第一所少年法院正式开庭审理的首例案件，意义自然非同一般。这一案件的处理过程并非无懈可击，相反有不少瑕疵，例如庭审公开、案卷公开、无控告制度、缺乏公共资金支付缓刑官薪金及少年拘留所等等。② 此外，这所少年法院并不是一所完全独立，或者说是有独立司法管辖权的新设法院。相反，它在场地、法官等人员配置上均借助了原巡回法院的一些便利。

但毋庸置疑，除却这些表面性的东西外，该案所反映的深层次意义便在于其全新的运作理念以及由此反映出的审判方式与处理方式变革。而这也被众多法学家与犯罪学家们欢呼为进入所谓“社会法学”（social jurisprudence）时期的重要标志。③ 该少年法院的管辖范围还包括未成年人

---

① Tanenhaus, David S. (2004). Juvenile Justice in the Making. New York, NY: Oxford University Press. pp. 23 - 24.

② 戴维·S. 坦嫩豪斯：《20 世纪初少年法院的演化——超越完美建构的神话》，载玛格丽特·K. 罗森海姆、富兰克林·E. 齐姆林、戴维·S. 坦嫩豪斯、伯纳德·多恩主编，高维俭译：《少年司法的一个世纪》，北京：商务印书馆 2008 年版，第 51 页。

③ Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 544 - 548.

照管不良、身份过错等案件。尽管具体运作方式已有所变化，但各地少年法院仍或多或少烙下了芝加哥少年法院的痕迹。

作为少年法院先行者之一的朱利安·麦克法官(Julian Mack, 1866—1943)曾就少年法院的目标指出，"触法少年应被送诸法院绳之以法，使其正面公权力之追究。但与此同时，应更强调，务必使其成为关怀和慰问的对象。在这样的听证之下，传统的听审方式显然已不合时宜。倘若法官威严在上，俯瞰问题少年，可能很难触发对后者的同情之心。相反，如果法官与问题少年促膝而坐，不时拍拍后者肩膀，法官不但不会失去其司法尊严，而且更将获得工作之巨大成效"。① 少年法院的法官充作医生，试图诊断出威胁伤害未成年人或导致他们误入歧途的环境因素。在确定具体救助方案之前，法官会顾及孩子的成熟程度和家庭情况。一言以蔽之，其指导原则以维护"儿童最佳利益"为中心。

伊利诺伊州通过的《少年法院法》点燃了少年法院运动的星星之火，审理问题少年的全新途径与程序很快蔓延至其他州，少年法院运动发展渐呈燎原之势。更为重要的是，未成年人从此在司法体系中得以独立身份出现，具有完全法律人格。美国法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound, 1870—1964)甚至认为，"少年法院乃自《自由大宪章》(*Magna Carta*)之后英美法最为伟大的进展"，②赞叹之意溢于言表。就在芝加哥少年法院成立后的五年内，11个州建立了少年法院。到1925年，已有46个州和哥伦比亚特区先后设立了少年法院。而到1950年，每个州都加入了少年法院运动，设立少年法院，且案件审理数量开始有了显著增长。对于这些少年法院而言，其肩负着双重职责：其一，庇护问题少年使其免受成年犯的负面影响；其二，向问题少年与身份过错犯提供适当辅导与处分，促其顺利度过青春期。③ 历

---

① Mack, Julian. (1909). The Juvenile Court. Harvard Law Review, 23, p. 120.

② Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Idea in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. p. 7.

③ Bishop, Donna and Scott Decker. (1996). Punishment and Control: Juvenile Justice Reform in USA. In Junger-Tas, Josine and Scott Decker. (Eds). International Handbook of Juvenile Justice. Dordrecht: Springer. p. 3.

り、背をかがめていた。指先で、しきりに敷布の一部分を擦っている。赤い色が、染み付いていた。女は指先に唾をつけて、その赤い色の上を擦っている。その作業に熱中していて、彼が戻ってきたことに気付いていなかった。
「まさか」
と、彼は呟き、眼を凝らした。
その女の姿態は、女から少女に戻っていた。と同時に、なまなましく女を感じさせるものでもあった。隠れずに傍に立っているのに、覗き見している気分があった。彼は咽喉の奥で、無意味な音を立ててみた。
狼狽の気配が、あきらかに動いた。いそいで、少女は赤い色の上に坐った。

十四

「君の住まいを聞いておこうか」
「…………」
「それじゃ、ぼくの住まいを教えておく必要があるかな」
「いいのよ、そんなこと」
紺色の手製の洋服に軀を包み込むと、少女は街の中に姿を消した。少女を犯したという感覚は、しばらく経ってから、ゆっくり彼の中に拡がっていった。彼は繁華街に出て、喫茶店の椅子に坐った。時計の針は、まだ午後九時をすこしまわったところで、街路を往き来する人影が、ガ

不讨好：有人抱怨少年法院没有能力处理好偏差少年，相关措施过于软弱，威慑不足，居高不下的累犯率便是佐证之一；又有人针锋相对，认为少年法院对问题未成年人保护力度不够，没有能够保障这些少年的宪法性权利，冲击和动摇了少年福利体系。这期间几个全国性案件的审理和重要法案的出台对后来四五十年来少年法院和少年司法均产生了重大影响，也使得"国家亲权"似有渐行渐远之嫌。

时至今日，美国与内战正酣、海盗猖獗的索马里为仅有的两个尚未批准《儿童权利公约》的国家。基于宗教保守主义，前总统乔治·H. 布什(George H. Bush, 1924—)反对该公约，认为这会削弱亲权(parental rights)。[①] 在比尔·克林顿(Bill Clinton, 1946—)主政时期，虽然美国于1995年2月16日正式签署了这一公约，但仍有待于参议院三分之二多数票批准。前总统乔治·W. 布什(George W. Bush, 1946—)亦无所建树，巴拉克·H. 奥巴马(Barack H. Obama, 1961—)允诺将在任期推动该条约之批准。[②]

美国长期以来形成的"国内法高于国际法"的实际准则表明只有当对少年的司法保护上升到宪法保护的高度才可能真正获得社会的足够重视，特别是来自最高司法机关——联邦最高法院的重视。在此期间，少年法院更多援用"责任"与"刑罚"这样的字眼，将注意力放在审查问题少年的犯罪特征，并使用相应刑事(成人)法院所采用的正当程序条款上。[③]

以辅导、矫正为中心导向的传统少年司法处分方式招致广泛质疑。这一时期，联邦政府在未成年人政策上出现若干重大变化，对少年司法处分的冲击不可谓不大。兴起于20世纪中叶的社区处分模式意在挽救未成年人，

---

① Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. p. 16.

② Child Rights Information Network. (2008). United States: Is Obama's Win Also a Victory for Children's Rights? Retrieved August 15, 2010, from http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp? ID=18874&flag=news.

③ National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Delinquency Guidelines: Improving Court Practice in Juvenile Delinquency Cases. Reno, NV: National Council of Juvenile and Family Court Judges. p. 16.

修补其与社区的关系,以帮助未成年人早日健康重返社会。但是经过60至70年代的推行,此类模式远未达到预期目的,未成年人犯罪与偏差并未从根本上得以遏制。通过社区矫正来实现对未成年人的个别化处分效果也不甚明显,未成年人累犯率一度攀升。尽管个别处分理念从整体上并没有被完全颠覆,社会对以矫正为名施加给未成年人的各种举措效果的看法却仁者见仁,智者见智。而这也为日后少年司法,特别是少年法院的改革提供了可能与契机。

长久以来,正是因为少年法院的非刑事特征以及"保护"的福利机构定位,在很大程度上可确保未成年人得到较充裕的照顾,有利于其身心健康成长。但在享受作为未成年人各种便利的同时,未成年人同样面临许多苛责与问题。无论是国际条约还是各国宪法和刑事实体与程序法,起先大都是为保障成年人而设计的,自然对未成年人这一块内容言之甚少甚至只字不提。许多针对成年人的程序性保护对于不受刑法规制的少年法院而言,似乎仍然是很遥远的事。而这对于未成年被告人却意义非凡,极为重要。早期少年法院无论是在诉讼参与人资格、程序保障,还是庭审模式等方面都存在着这样或那样的问题,这也是少年法院在其发展过程中不断遭人诟病的原因之一。

从1966年开始,美国联邦最高法院先后在"肯特诉合众国案"(*Kent v. United States*)、"戈尔特案"(*In Re Gault*)以及"温士普案"(*In Re Winship*)等案件中逐步扩大了对问题少年的权利保障。这权利主要涉及最基本的联邦宪法性权利,包括获得律师帮助、证明标准等等,不一而足。通过这些判例,问题少年不断扩展了其权利,这对于遏制少年司法中可能存在的各种不良现象有一定进步意义。

但是这些案件并没有解决未成年人案件中的所有问题。事实上,联邦最高法院在扩展问题少年权利上如履薄冰、谨小慎微。因为少年司法制度无论如何变革与改进,其与刑事(成人)司法体系总会有这样或那样的区别,法官们大都不愿意将少年司法过度"成人化"(adultified),以免过犹不及,损害少年司法存续的理念基石与操作。因而联邦最高法院在处理这些问题上比较小心,尤其是考虑到未成年人犯罪在犯罪总量中的比例以及少年法院处理的案件大多为非刑事的身份过错,实在没有太多的必要和余地

来赋予少年法院更多变化的空间。1971 年“麦克威尔诉宾夕法尼亚案”(*McKeiver v. Pennsylvania*)的判决便反映出这一趋势,在该案中法院对于未成年人要求获得陪审团审理的要求予以否定。[①] 同样地,在 1984 年“夏尔诉马丁案”(*Schall v. Martin*)中,法院继续为维持未成年人预防性拘留(juvenile preventive detention)背书。[②]

几乎与此同时,美国国会通过立法确认有关未成年人犯罪与少年司法的法案。经过这些具有划时代意义的案件与法案,少年法院在许多方面愈发呈现出刑事(成人)化的特点,即少年法院在审理方式、审理规则以及安置方式多呈现出刑事(成人)法院的惯有特征。

在 1970 年代早期,对未成年犯之“除机构化处分”(deinstitutionalization)亦逐步席卷全美,取而代之的是各类社区处分计划(community-based programs)。其中,1972 年马萨诸塞州关闭该州所有州立少年矫正机构更是将这场声势浩大的改革推向极致。[③] 一直到 20 世纪八九十年代,先后有犹他、密苏里、佛蒙特、科罗拉多、印第安那、俄克拉荷马、马里兰、路易斯安那、佛罗里达、乔治亚、罗德岛及新泽西等州加入其中。[④]

2. 有关未成年人案件的影响

1966 年,美国联邦最高法院在“肯特诉合众国”一案中对未成年人诉讼程序申明了程序正义的重要性与“国家亲权”并无矛盾、冲突之处。

【案例七】

1961 年 9 月,十六岁的小莫里斯·A. 肯特(Morris A. Kent, Jr.)因涉嫌侵入私宅、抢劫与强奸罪而被拘捕。作为未成年人,他应受哥伦比亚特区少年法院管辖;除非该院在进行完全调查后放

① McKeiver v. Pennsylvania, 403 U.S. 528 (1971).

② Schall v. Martin, 467 U.S. 253 (1984).

③ Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. p.7.

④ Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. pp. 10 - 11.

弃管辖，方可将其移送至联邦地区法院哥伦比亚特区法庭（刑事法院）审理。因不同意少年法院案件移送，肯特的律师向其提交书面动议，要求就案件移送和调阅肯特先前的缓刑资料进行听证。在拒绝该项动议后，少年法院未与肯特律师谈及移送安排，更未提供有关文件，而是直接将案件移送至前述刑事（成人）法院。随即，联邦地区法院对该案进行审理，并认定肯特六项侵入私宅和抢劫罪成立。联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭在二审中支持原判，其后该案上诉至联邦最高法院。

1966年3月，联邦最高法院认为，未成年被告人正生活于水深火热之中，既“无法获得标榜于成人的保护”，又“不能享有儿童保护应有的挚爱与更生重建”。尽管尚未成年，但仍不得对少年“私设公堂”（kangaroo court）。有鉴于此，联邦最高法院在终审判决中判定，少年法院放弃管辖权而将肯特移送至联邦地区法院之裁定无效，并发回少年法院重审以重新决定是否移送。在判词中，最高法院认为少年法院所依仗的“国家亲权”并不忽视程序正义对问题少年之重要性。继而主张，相关管辖权的放弃与移转必须考虑“正当程序”（due process）与“公平对待”（fair treatment）。[①]

一年后，美国联邦最高法院在“戈尔特案”中对少年诉讼程序再次判定，涉案少年应享受联邦宪法第十四修正案权利。[②] 具体来说，这些权利包括获悉被控罪名、通知问题少年及其父母聘请律师权、质证和交叉质询权以及不得自证其罪权等等。

【案例八】

1964年6月8日，时年十五岁的杰拉尔德·戈尔特（Gerald Gault）因涉嫌向隔壁女邻居拨打猥亵、下流电话而与其玩伴一同

① Kent v. United States, 383 U.S. 541(1966).

② 1868年通过的该修正案中，第一款即明文规定“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护”等内容。

被拘捕。警方在拘捕其时,未告知其父母。其兄长于玩伴家寻找时,父母方知戈尔特被警方带走。次日审理中,该案关键当事人,即报警的女邻居并未出庭作证。不仅如此,庭审中,无证人宣誓,亦无法庭记录。戈尔特坚称自己只不过拨通电话而已,是其同侪(peers)通话中污言秽语。此外,并无其他证据佐证戈尔特及玩伴是否确切拨打猥亵电话。然而这些关键争议焦点因两次庭审中女邻居的缺席以及程序上的瑕疵无疾而终。少年法院认定,戈尔特系"习惯性不道德"(habitually immoral),最后判决戈尔特需赴州习艺所直至其成年为止。而该州法定成年年龄设定为二十一岁,这意味着戈尔特将与家人分离近6年之久。与此鲜明对比的是,触犯类似罪行的成年犯却仅需接受2个月监禁和50美元罚金而已。依《亚利桑那少年法典》(*Arizona Juvenile Code*)中未成年人案件不得提起上诉的有关规定,该判决即为终审判决。其父母随后以其子名义向联邦法院提起人身保护之诉(habeas corpus),认为《亚利桑那少年法典》违宪,且该案中戈尔特数项程序权利被剥夺。

1967年5月15日,联邦最高法院推翻亚利桑那州法院对本案的判决,发回重审。最高法院认为,尽管少年法院因性质特殊而可实行与刑事(成人)法院有所不同的程序,但是一些最基本的正当程序还是应该贯穿诉讼始终。联邦最高法院还详细列举了问题少年应当享有的若干程序权利:一是问题少年及其父母应获得适当书面通知,该通知应涵盖的具体内容包括前者因涉案将会遇到的各种问题;且下发通知应当及时,并为问题少年出庭预留充裕的准备时间。二是问题少年及其父母应被通知有权获得律师帮助;如无力聘请,法院将为其指定律师。三是有免受自证其罪的权利。四是有对质证人及对他们交叉盘问的权利。①

戈尔特案系美国宪政史上划时代的重要案件,恍如吹皱一池春水,是缩小刑事(成人)法院和少年法院间差异的破冰之始,儿童福利理念益显动

① In Re Gault, 387 U.S. 1(1967).

摇，对此后少年司法改革影响深远。联邦最高法院判定，在任何一可能会被判处监禁的诉讼中，少年都应享有《权利法案》(*Bill of Rights*)规定的某些正当程序保护。不过美中不足的是，联邦最高法院对“上诉权”以及“程序誊本”(transcript of the proceedings)两个问题不置可否，并没有给出较圆满的解决方案。不过这并不妨碍各州法院自行解决，后者可根据州情确定是否赋予未成年人此项权利。①

1970年，联邦最高法院在“温士普案”中判定联邦宪法第十四修正案中的正当程序条款要求对问题少年的审理同样应采用“超越合理怀疑”(proof beyond a reasonable doubt)证据规则。温士普案进一步扩展了戈尔特案以来对问题少年的宪法保护，少年法院开始采纳刑事(成人)法院的价值观和定位取向。

【案例九】

1967年，时年十二岁的塞缪尔·温士普(Samuel Winship)被指控因偷窃112美元而触犯《纽约家事法院法》(*New York Family Court Act*)。随后，家事法院依据该法所规定的“优势证据”(preponderance of the evidence)原则，判决温士普至少需在少年矫正机构待上18月。温士普向纽约最高法院②起诉，认为《纽约家事法院法》违宪。在他看来，该法案要求家事法院援用比“超越合理怀疑”刑事证明标准要低许多的“优势证据”原则影响到其正当程序方面的宪法性权利。在诉求被驳回后，温士普继而上诉至纽约上诉法院，而后者支持下级法院的判决。

在否决纽约上诉法院判决的同时，联邦最高法院着重强调两

① 时至今日，美国未成年人仍未获得陪审团审理权(right to a jury)、保释权(right to bail)、公开审理权(right to a public trial)及大陪审团指控权(right to a gran jury indictment)等联邦宪法性权利，但一些州法律赋予所在州未成年人有关权利(参阅 Del Carmen, Rolando V., Susan E. Ritter and Besty A. Witt. (2002). Briefs of Leading Cases in Corrections (3rd edition). Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p.210)。

② 与美国大多数州有所不同的是，纽约州最高法院名不副实，只相当于中级上诉法院。而后文提到的纽约上诉法院为通常意义上的州最高一级法院。

点：其一，“超越合理怀疑”根深蒂固，系正当程序所要保障基本自由的有机组成部分，对于无罪推定的落实意义不可低估。其二，“超越合理怀疑”并不一定仅限于刑事案件之中，而可以被援用至任何可能会剥夺生命、自由以及财产的诉讼中。家事法院的判决将温士普拘禁于少年矫正机构的时间可能会长达6年之久，直至其年满十八周岁，而通常这样长时间的监禁与隔离只是被用来惩处那些成年犯。在联邦最高法院看来，这样做并非不可取，不过一旦问题少年可能被处以类似成人刑罚时，就必须提供与成年犯相同的程序与机制保障，包括以“超越合理怀疑”的证明标准来实施无罪推定原则。①

3. 涉及未成年人的联邦法律衍变

1968年，美国国会通过《未成年人犯罪预防与控制法》(*Juvenile Delinquency Prevention and Control Act of 1968*)。6年后，《少年司法与未成年人犯罪预防法》(*Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act of 1974*，简称JJDPA)的出台为处理未成年人问题提出联邦法上的核心要求。除了要求联邦政府将身份过错犯从严格监禁中解脱以及实现问题少年与成年犯分别羁押之外，该法案还要求通过“格式赠款”(formula grants)形式推动各州相关立法，以及创立“少年司法与未成年人犯罪预防署”与“全美少年司法与未成年人犯罪预防研究院”(National Institute for Juvenile Justice and Delinquency Prevention)等机构。前者系联邦政府在少年司法与未成年人犯罪预防方面的官方代表，而后者主要负责进行研究、提供培训与技术性援助。其后，这部法律分别又于1980年、1992年、1996年、1998年与2002年予以修正并沿用至今。

(五)少年司法晚近变革期

1. 美国少年司法面临的挑战与少年法院存废之争

如果说20世纪六七十年代少年法院和少年司法的改革着力于纠正先

---

① In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

前对问题少年权利,特别是宪法性权利某种程度漠视的话,那么缘起 80 年中期以来的少年法院变革则更有其深刻社会现实作为背景。80 年代中期至 1994 年,是美国犯罪率攀升最为严重的时期之一,而未成年人所参与的各类严重刑事案件层出不穷,严重威胁着美国社会的稳定。90 年代数项针对全美拥有 100 至 500 个床位的习艺所调查均发现,高达 57% 的未成年犯在获释一至两年内被再次逮捕。① 继续采取较温和的未成年人犯罪与预防手段及宽松的少年司法政策似乎显得有些不合时宜。

美国少年司法政策面临转轨的沉重压力,即便是在未成年人犯罪达到近 10 年谷底仍是如此。"国家亲权"角色逐渐褪色,强调惩罚为主、矫正为辅,要求适用正当程序及未成年人辩护。犯罪学家约尔 · 萨马哈(Joel Samaha)认为美国少年司法亟待解决这样五个热点问题,即单独少年需求与权利和社会需求与权利间的平衡、少年司法机关范围界定、少年司法程序、未成年人计划(juvenile program)效果、程序与矫正少年的改革等。② 不难发现,这些内容看似简单,实际上都切中了美国少年司法存在问题的要害。

少年司法的目标发生重大转变,以打击重大未成年人犯罪为主要目的。法官们不再吝啬适用诸如"刑罚"、"可责性"等术语,并强调应追究问题少年偏差行为的犯罪本质。③ 与不定期刑和更生重建息息相关的矫正制度被认为在减少未成年人犯罪方面进展不佳,而要求"严打"(get-tough)的声浪却此起彼伏。与前次注重保障与扩张问题少年的宪法权利不同,此次少年司法改革全力限制其权利,调整意义深远。主要内容涵盖这样四个方面:对问题少年刑事审理的移转、不公开处理原则的松动、检察官在未成年人犯罪

---

① Austin, James, Kelly Dedel Johnson, and Ronald Weitzer. (2005). Alternatives to the Secure Detention and Confinement of Juvenile Offenders. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 2.

② Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 491.

③ National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Delinquency Guidelines: Improving Court Practice in Juvenile Delinquency Cases. Reno, NV: National Council of Juvenile and Family Court Judges. p. 12.

案件中角色的提升以及案件审理结果的“硬化”(toughening)。①

在新古典主义复兴与实证主义的个别处分理念冲击下,少年法院面对两难境地:一方面,特定犯罪少年被当作成年人来对待,适用与成年人一样的法律和法院,并受到与成年人一样的惩罚。如1994年,美国国会通过《打击犯罪综合法案》(*Omnibus Anti-Crime Bill*),允许对犯有谋杀、抢劫及强奸的十三岁少年以成人视之。② 而另一方面,少年司法人员意识到并接受了问题少年在社会中不成熟的一面及其容易被操纵、情感容易冲动的天性,因此处分方式应与成人有所区别。把少年当作成年人来对待强调的是惩罚和可责性,把他们当作未成年人强调的则是矫正更生,少年司法政策在这两者之间摇摆不定。

在许多保守主义者看来,建立在“国家亲权”之上的少年法院对未成年人,特别是那些屡教不改的顽固少年作用些微,更有放纵之嫌。他们主张应当对现行少年司法改弦更张,将“公正处罚”(just desert)与“正义”(justice)理念重新奉回。即使某些支持保留少年法院体制的人士也认为其基石应是惩罚和预防犯罪为主,主张根据问题少年实际罪行增加使用监禁刑等惩罚刑。更有甚者,还有些人主张废止少年法院,而将未成年人管辖权收归刑事司法系统,由刑事(成人)法院审理少年案件。

面对少年法院种种争论,美国立法者、检察官和法官们左右为难,面临如何制定一些新的策略来解决少年犯罪与偏差问题。而这些则取决于在多大程度上理解未成年人权利。推至极端,他们可以视所有未成年人都需要保护,因而有必要保留传统“国家亲权”理论影响下的少年法院。而另一方面,他们也可以至少认为某些问题少年应当就其犯罪承担完全刑事责任。很显然这两种看法都过于极端化。

2. 美国少年司法新近改革方向及未来展望

“国家亲权”理论是整个少年法院制度的核心与基石,一旦少年法院被

① National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Justice Guidelines: Improving Court Practice in Juvenile Delinquency Cases. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 17.

② Calvi, James and Susan Coleman. (2000). American Law and Legal Systems (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 197.(北京:高等教育出版社2002年影印版)

废黜,则建立于其上的少年司法制度“皮之不存,毛将安傅”?① 介于二者之间的比较具有现实可操作性的是,立法者们不应该去讨论少年法院的废止,而是应该在以上两种看法之间作出妥协,寻找到一种可以安抚“维护说”和“废止说”争议的做法,以解决日益严重的少年偏差。此种情形之下,重建少年法院实际上包含两方面的内容:其一是重新审视百年前的经典模式;其二是在坚持“国家亲权”与少年司法基本原则前提下对少年法院进行改造。

20 世纪 80 年代,时任美国总统罗纳德·里根(Ronald Reagan,1911—2004)开展了对少年司法大刀阔斧的改革计划。在他力主下,联邦少年司法政策从犯罪与偏差预防转移到对严重暴力少年犯罪人的控制与拘禁上来。这些具体政策包括:预防性拘留、将少年犯罪人移送至刑事(成人)法院、对未成年犯实施强制与定期刑、加大对少年的拘禁以及对极端恶劣少年实行死刑等五个主要方面。② 这些政策被通常为“犯罪控制模式”(crime control model),时至今日美国现行少年司法政策仍受其左右。

各地少年法院的改革动议还包括重塑少年法院以恢复其创设时救助未成年人目的、认可刑罚作为未成年人案件处理目的之一、加强刑事诉讼权利保障。③ 一些州还要求其少年法院遵循刑事(成人)法院的某些规则,包括有关陪审团审判、举证责任或正式的审判调查等内容。在此情形之下,涉案少年除了获得与成年被告人一般的正当程序保护外,还可获得与其年龄和经历相符的特殊保护。有学者提出“少年折扣”(youth discount)概念,用以说明少年的年龄可作为法官定罪量刑中减缓对其刑罚的考虑标准之一。举例来说,在刑事(成人)法院获罪的十六岁少年所得刑期可相当于成人犯相应刑期的 66%。④

除了直接对少年法院本身改革的尝试外,美国还通过有关举措试图对

---

① 《左传·僖公十四年》。

② Jensen, Eric. (2006). An Historical Overview of the American Juvenile Justice System. In Eric Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. p. 89.

③ Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 18.

④ Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 237.

以少年法院为核心的少年司法制度改进施加影响力。考察美国近年来少年司法的变革，美国犯罪学家埃里克·费根诺(Eric Jensen)认为，该国少年司法亦出现了四大动向，即正当程序(due process)、分流(diversion)、除机构化(de-institutionization)以及除罪化(de-criminalization)，①也就是所谓的"4D化"。

1997年11月，美国国会通过"未成年人责任资助计划"(Juvenile Accountability Block Grants，简称JABG)，并拨款2.5亿美元。5年后，"未成年人责任资助计划"更名为"未成年人责任激励资助计划"(Juvenile Accountability Incentive Block Grant，简称JAIBG)。该计划由美国联邦司法部"少年司法与未成年人犯罪预防署"运作，旨在协助各州与地方继续或扩大促使问题少年对其所犯过错责任认知的政策实施，以及对单独犯罪行为采取日益加大的处罚力度。为此目的，该计划提供资金与技术支持，以便各州与地方改进各自少年司法系统。具体说来，"未成年人责任激励资助计划"资金可用于以下十二个项目：运行、扩建、改造或建造临时或永久性少年拘留或惩教设施，包括培训管教人员；制定并管理以问责制为基础的少年犯制裁方案；录用法官、缓刑官和公共辩护律师，提供预审服务经费以改善少年司法制度运作；录用检察官，以减少案件积压；为检察官主导的打击毒品、帮派、暴力犯罪活动提供经费支持；提供培训、技术和设备经费，以协助检察官查明并起诉暴力少年犯；为实施更有效的缓刑项目而提供经费支持；设立少年枪支法院，以起诉和审理涉枪问题少年；设立少年毒品法院，以监督有药物滥用的少年犯；建立和加强"机构间信息共享计划"(interagency information-sharing programs)，以加强学校、执法机关和社会服务机构之间的合作；建立问责式执法，解决毒品、帮派和暴力问题以提高学校安全；建立针对少年犯的受控药物滥用测试(包括干预措施)。②

---

① Jensen, Eric. (2006). An Historical Overview of the American Juvenile Justice System. In Eric Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. pp. 86 - 88.

② National Institute of Justice. (2003). Juvenile Accountability Incentive Block Grants: Assessing Initial Implementation. Washington, DC: Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice. p. 5.

上述项目按照其不同目的又可分为五类:提高渐进制裁措施的使用、鼓励将触犯严重犯罪的问题少年作为成人起诉、促进成人/少年刑事记录系统的可比化、建立适当药物检测以及促进父母问责。其中,“提高渐进制裁措施的使用”即包含资本改善、可责性制裁、检察官录用、法院与缓刑处工作量增加经费资助、设立枪支法院与毒品法院、构建有执法成分的问题少年问责机制等几个方面。“鼓励将触犯严重犯罪的问题少年作为成人起诉”则包括录用法官、缓刑官、公共辩护律师,为检察官主导的打击毒品、帮派、暴力犯罪活动提供经费支持以及为检察官提供培训、技术和设备经费。“促进成人/少年刑事记录系统实现可比化”系指建立和加强“机构间信息共享计划”。这其中,最为重要的当属“提高渐进制裁措施的使用”,仅以1998财政年度为例,这部分联邦拨款就占“未成年人责任激励资助计划”总拨款的71%,高达1亿4千万美元。①

除了司法与立法机关的努力外,包括美国白宫在内的行政部门及社会各界也积极行动起来,探索未成年人保护与少年司法的新举措。因《未成年人犯罪预防与控制法》而应声成立的“少年司法与未成年人犯罪预防协调理事会”(Coordinating Council on Juvenile Justice and Delinquency Prevention),以联邦司法部长为主席,会同不同联邦机构,对所有涉及未成年人犯罪与偏差预防的联邦项目进行审查,作用突出。1992年,该委员会得以改组,并于1996年发布《全美少年司法行动计划》(*National Juvenile Justice Action Plan*)。依据该计划,少年司法应确保下述八个主要目标:确保及时和适当的处罚与处分措施;透过刑事法院起诉严重暴力问题少年来增强公共安全;减少未成年人涉足犯罪活动,特别是帮派活动、非法枪支以及毒品滥用;打破家庭暴力、被害化以及虐待与照管不良的恶性链条;为未成年人创造各类正面机会;向公众提供诸如少年司法系统内问题与解决的信息;评估有关项目与实务以判断是否行之有效;促进公众对少年司法的一般认知。②

---

① National Institute of Justice. (2003). Juvenile Accountability Incentive Block Grants: Assessing Initial Implementation. Washington, DC: Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice. p.5.

② Ingersoll, Sarah. (1997). The National Juvenile Justice Action Plan: A Comprehensive Response to a Critical Challenge. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

此外,“恢复性司法”(restorative justice,简称 RJ)或“平衡及恢复性司法”(balanced and restorative justice,简称 BRJ 或 BARJ)亦在美国少年司法改革中崭露头角,将传统个别化之更生重建(individual rehabilitation)与社区被害人参与机制有机结合起来。在联邦司法部“少年司法与未成年人犯罪预防署”资助及推动下,这一新兴司法模式得到长足发展。[①] 其目的在于恢复加害人与被害人及社区的关系,通过有关活动使得未成年加害人认识到其错误所在,并采取有效措施向被害人及社区道歉,恢复与社区及被害人的受损关系。

1999 年是少年法院成立的第一百个年头,曾作为“全美少年与家事法院法官理事会”(National Council of Juvenile and Family Court Judges)主席的丁·刘易斯(Dean Lewis)法官,于该年发表了其对少年司法在美国百年发展历程的看法,颇具参考价值。她逐一列举了这一百年来美国少年法院七方面的演变:因未成年人与成年人诸多差异性催发了独立少年法院的成立;少年法院向家事法院逐步衍变;少年法院视每位未成年人为独立个体;少年法院引入“医疗”模式对未成年人问题对症下药;少年法院在司法程序上取得长足进展;少年法院愈发注重家庭而非机构处分在未成年人中的所用,这是对自 19 世纪以来主导思想的大反动;少年法院的法官们较其前辈不但精通相关法律,而且依业务需要更对儿童发展、酒精与药物滥用、心理健康与学习障碍、虐童、家庭暴力以及矫正等多方面议题了解颇多。[②]

随着对未成年人权利保障的确立以及将犯有严重罪行的未成年人交付刑事(成人)法院审理的深入,少年法院日渐呈现“成人化”的某些特征,即所谓的少年法院刑事化趋势。[③] 来,美国少年法院已逐步从非正式在一些

---

① Krisberg, Barry. (2006). Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). Thousand Oaks, CA: Sage Publications. pp. 12 - 13.

② Lewis, Dean. (1999). An Evolving Juvenile Court: On the Front Lines. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

③ 与所谓“少年司法刑事化”相对应,美国刑事(成人)司法亦一定程度上出现所谓“刑事司法少年化”(juvenilization)端倪,刑事(成人)司法中也有类似未成年人分流制度为其中一例。分流,通常被称为“延期裁判”或“推迟裁判”(deferred adjudication),系指犯罪人对指控或供认不讳,或“不抗辩”(non-contest)后,法官可酌情判处附期限缓刑的司法处理方式。犯

少年司法学者看的社会福利机构演变成为二级刑事法院。① 之所以有这样的观点是基于"国家亲权"、诉讼程序以及未成年人权利保障的变化,而这种变化不但模糊了少年司法与刑事(成人)司法间的区别,而且还直接促发少年法院在案源、审理程序、法庭组成人员以及法律后果方面带有较明显的刑事特征。目前,美国所有的州都通过立法允许检察官在一定情形下对低至十四岁的少年提起刑事(成人)之诉。在印第安那、南达科他、佛蒙特等州,甚至十岁少年可被刑事检控。②

美国刑法学家马丁·嘉纳(Martin Gardner)就未来少年司法趋势指出,少年司法面临不可知的未来。在嘉纳看来,少年司法系统本身正处于一艰难境遇之中:一方面极力固守矫正思想,而另一方面又不免受到来自传统刑事司法理念的冲击,甚至有两者合二为一的压力。③ 2007 年 8 月,"联邦少年司法顾问委员会"(Federal Advisory Committee on Juvenile Justice,简称FACJJ)发表年度报告,称美国少年司法正处于十字路口的关键时期,何去何从需总统与国会议员们仔细掂量。④ 鉴于联邦少年司法顾问委员会系美国政府在少年司法政策的高级思想库,因《未成年人犯罪预防与控制法》而创立,并由来自 50 个州、哥伦比亚特区与 5 个海外领地的州长代表组成,上述意见在很大程度上也反映了联邦与各州在少年司法政策上的忧虑与思考。2010 年,联邦少年司法顾问委员会在其年度报告进一步强调,少年司

罪人除了须交付罚金以及相关法庭费用外,还必须遵守法官为其制定的其他条条框框的约束。一旦该成年犯遵守相应规定,原有指控将被驳回,该项指控因而有可能不会记录在案。但若违反延期审理所约定条款,犯罪人将被宣判原定指控成立而获罪。在司法实务中,这主要适用于超速驾驶等轻微案件中,违反者还可能会被吊销驾驶执照。(参阅 Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2002). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 256.)

① Champion, Dean. (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 18.

② Net Industries and its Licensors. (2010). Juvenile Law—History. Retrieved June 25, 2010, from http://law.jrank.org/pages/7956/Juvenile-Law-History.html.

③ Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: Lexis Nexis Press. p. 325.

④ Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. (2007). Federal Advisory Committee on Juvenile Justice Annual Report 2007. Washington, DC: Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. p. 10.

法系统应当着力于对大多数未成年犯更生重建，并保留对未成年严重暴力犯实施最严厉之制裁。①

即便是目前未成年人暴力犯罪增速已经大大减缓，但其影响仍然侵蚀着现存少年司法体制的基石和原则。因枪支滥用、未成年人帮派和毒品问题所造成的暴力泛滥对适用独立体制来处理少年偏差犯罪现象这一既有做法的正当性也提出了挑战。但并不是说少年司法原有宗旨被废弃，这却恰恰表明少年法院仍然在社会生活中扮演着不可或缺的重要角色。美国少年司法上述变化正是其努力适应社会变迁及社会需要的反映。

三、其他国家少年司法回顾与展望

（一）英国少年司法回顾与展望

受"圈地运动"、海外拓殖及工业革命等浸淫，英国逐渐成为名副其实的世界工场。劳工短缺和对利润榨取的贪得无厌都促使资产阶级想方设法吸纳童工，以控制和减少生产成本，增加生产量。与此同时，原有的家庭关系开始解体，家长将更多时间与精力投入到工作之中。相应地，对未成年子女的关心明显较以往为少，甚至会要求未成年子女入工厂做工养家糊口。未成年工的大量出现与家庭结构的变化引发了人们对未成年人地位和作用的再思考。1552 年，可容纳 400 名孩童的基督教医院（Chris's Hospital）于伦敦成立，致力于收养弃婴。② 1563 年，英国议会制定了《1563 年工匠条例》（*Statute of Artificers of 1563*），要求未成年人应与其父母分离，而成为工厂学徒。而《1601 年济贫法》（*Poor Law Act of 1601*）更要求地方司法官员须对辖地无家可归或遭受虐待的未成年人及问题少年加以督导与管教；并迫使其投奔至作坊处学习务农、家政等，而这将一直持续到其年满二十一周

---

① Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. (2010). Federal Advisory Committee on Juvenile Justice Annual Report 2010. Washington, DC: Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. p. 1.

② Junger-Tas, Josine. (2002). The Juvenile Justice System: Past and Present Trends in Western Society. In Weijers Ido and Antony Duff. Punishing Juveniles – Principal and Critique (edited). OR: Portland, Hart Publishing. p. 24.

岁为止。这两部法律都是建立在这样的信念之上的:国家对未成年人福利具有不可推卸的责任,且有权来确保这些福利的实现。①

17 至 18 世纪英国一系列的社会变迁与司法改革吹响了对未成年人权利认知的号角,为后世少年司法制度的发展,特别是对与英国法律传统一脉相承的美国法产生深远影响。这些变化包括:家庭制(family style)与儿童保育(child care)变化、《济贫法》、学徒训练制度(apprenticeship)及衡平法院(chancery court)等制度与措施。此间英国刑法出现的显微变化,也促请法官在处理未成年人案件时一改往日拖沓慵懒的作风,而且对照管不良之未成年人与失依少年(dependant children)的处理上更具现实操作性,为其指定法定监护人,以便进行实质上的教化与保育。该套系统被认为是解决未成年人问题的灵丹妙药,不但此后盛行于英伦三岛长达二百年之久,还被北美殖民地所援用。而到了 19 世纪,简易审判权(summary jurisdiction)的扩大与感化院(reformatory)和工艺劳作学校(industrial school)的出现改善了未成年犯的境遇,其中,前者意味成年监狱不应关押问题少年,而后者则表明对问题少年的处分以教育原则为核心。②

在此基础上,《1907 年缓刑判决法》(*Probation of Offenders Act 1907*)、《1908 年儿童法》(*Children Act 1908*)、《1908 年犯罪预防法》(*Crime Prevention Act 1908*)等法案的通过进一步确认问题少年必须与成年犯分别羁押、个别化处分及社区处分的基本原则。《1933 年儿童和青少年法》(*Children and Young Persons Act 1933*)则确定少年法院应注意保护未成年人福利,并采取适宜措施以确保其接受教育与培训。受二战后福利主义影响,英国少年司法的福利特征随《1948 年儿童法》(*Children Act of 1948*)与《1969 年儿童和青少年法》(*Children and Young Persons Act 1969*)的先后颁行逐渐浓郁。该法案敦促建立儿童指导中心、儿童医疗中心和集体宿舍,以加强对被忽视少年的关爱。

依《1989 年儿童法》(*Children Act of 1989*)和《1991 年刑事司法法》

---

① Cox, Steven, John Conrad and Jennifer Allen. (2003). Juvenile Justice: A Guide to Theory and Practice (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p. 5.

② Siegel, Larry and Joseph Senna. (2000). Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law (7th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning. pp. 15 - 16.

(*Criminal Justice Act of 1991*),英国开始对失依少年与问题少年适用不同的司法程序,并组建相应的专门法院。自 1993 年 2 月 12 日贝尔格遇害后,英国上下对犯罪率攀升和未成年人犯罪的性质、原因及是否需要采取更加严厉的措施等问题展开广泛争论。几乎一夜之间,许多以前被视为个别的问题变成了对关于未成年人道德上的担忧。《1994 年刑事司法和公共秩序法》(*Criminal Justice and Public Order Act 1994*)对既定法律有所修改,特别是对未成年人权利的限制与缩减及对"反社会行为"刑罚力度的加大。1996 年以成立"少年司法委员会"与"青少年犯罪工作组"(Youth Offending Teams,简称 Yots)为契机,英国随即展开了对少年司法体系进行改造。

(二)德国少年司法回顾与展望

成文于 1532 年的《卡洛林纳法典》(*Constitution Criminalis Carolina*)系德国最古老的刑法。该法典第 164 条规定,对十四岁以下少年窃贼(junge diebe)不得处以死刑,而应代之以笞刑等身体刑。[①] 这反映出四百多年前,德国刑法便开始对未成年人宽厚以待,减轻其刑事责任。

1871 年,德国建立起初步的少年司法体系。但直到 1908 年,德国第一所少年法院才于科隆成立,仍带有较浓郁的刑事色彩。1871 年通过的《帝国刑法典》根基于 1851 年制定的《普鲁士刑法典》,建立在为一般预防服务的报应刑理论之上。由于实证主义的发展及原有刑法理论的弊端,对《帝国刑法典》的修正逐步提到日程上来。到了 1909 年,《德国刑法典初步草案》得以发表,其中核心内容包括制定以教养为思想导向的少年法,并将刑事责任能力从十二岁提高至十四岁。不过受第一次世界大战影响,这一立法进程被严重耽搁了。

到了魏玛共和国时期,《少年福利法》(*Jugendwohlfahrtsgesetz*)与《少年法院法》(*Jugendgerichtsgesetz*)于 1922 年、1923 年先后颁布。这两部涉及未成年人保护的重要法律,体现出德国少年司法体系是介于福利与司法间的妥协产物,[②]亦

---

① 沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司 1988 年版,第 1 页。

② Dünkel, Frieder. (2006). Juvenile Justice in Germany: The Compromise between Welfare and Justice. In Erc Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. p. 115.

即,德国少年司法实行福利与司法的双轨制。其中,《少年福利法》体现出浓厚的"国家亲权",主张尽量以适当教育方式加强对未成年人的切实保护。

1923年2月16日,《少年法院法》正式颁行。该法案历经1943年、1953年、1990年及1998年等多次修改,总的原则却万变不离其宗,并影响至今。1923年版《少年法院法》主要特色表现为:十四岁以下少年为无刑事责任能力儿童,排除于法院管辖之外,少年法院仅管辖十四至十八岁未成年人犯罪案件;明确"以教代刑"原则,少年犯罪处分均应谕知"教育处分";明确处分前提条件为"少年身心发展健康程度",并非仅依据少年刑事责任年龄;扩大适用缓刑;确立凡少年案件均由少年法院管辖,与一般刑事法院分离并独立;为使审理程序符合教育目的,明文规定排除审讯公开原则,并对于合法原则加以相应限制;少年犯首重"人品调查",并注重"养护性托付执行"等。① 这部《少年法院法》常为诟病之处在于其对某些关键概念缺乏确切定义,这对于一向以严谨著称的德意志民族是不可想象的,因而引发了多方面的问题。以"以教代刑"这一术语为例,1923年《少年法院法》与后来通过的一系列修正案对此语焉不详,给妄意解释提供了发挥空间。纳粹政府利用这一漏洞,于1943年通过修正案称所谓教育便是以刑罚督促未成年人弃恶从善,将教育与刑罚混为一谈。1943年修订的《少年法院法》规定,十二岁至十四岁间的未成年人可因其不法行为而获罪。不过纳粹政府同时也作出了一定妥协,即将法律后果分为教养性处分、管教措施与关押刑三类,而这一直影响至今。②

但关于未成年人福利的理念、模式与具体实现方式的争论一直纷争未止。20世纪60年代起,便不断有学者主张将少年福利体系与少年司法体系合二为一。这样的主张在1974年如昙花一现,随之保留双轨制的主张逐步占据上风,但要求对这两部基本法律进行适当改革的呼声却此起彼伏。1990年,《少年福利法》在运作60多年后终于走到了尽头,而为全新建构的《儿童与少年扶助法》(*Kinder und Jugendhilfegesetz*)所取代。新法要求,作

① 参阅沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版,第9—11页。

② [德]克劳斯·罗克辛著,王世州译:《德国刑法学总论——犯罪原理的基础构造》(第三版),北京:法律出版社2005年版,第63页。

为未成年人福利保障的重要机关，少年福利委员会应尽可能为未成年人提供各种协助，而不是刻意干预他们的生活。此外，一些特殊少年保护法律于2002年合并为单一的《少年保护法》(Jungendschutzgesetz)。[①] 1990年，《少年法院法》得以再次修正，强调刑罚乃是对未成年人犯罪与偏差万不得已的最后处理手段。亦即言明，少年法院的主要惩罚措施在于"以教代刑"与纪律处分。[②]

据我国台湾犯罪学者林茂荣、杨士隆对近年来德国少年法与少年司法变革的观察，尽管惩罚与教育哲学受到相当重视，但在少年犯处分上与成年犯并无多大区别，尤其是少年法中未扩大规定教化的实施。[③] 在两人看来，虽然少年犯处分仍较成年犯为轻，其实际理念与儿童福利差异性逐显并有渐行渐远之势。

(三)日本少年司法之回顾与展望

受中华法系影响，日本在明治维新之前的未成年人保护与少年刑事政策方面带有较浓厚的儒家文化痕迹。自奈良平安时代到江户时代，宽刑思想基本上主导日本未成年人刑事政策。

与欧美有所不同的是，日本现代少年司法制度的构建相对阻力较小，这并非因为旧势力阻力为小，而取决于当时特殊的政治经济形势。1868年3月，日本明治天皇发布"五条誓文"，决意"求知于世界"。"明治维新"不但将欧美先进的机械制造与军工技术带入日本，而且以君主立宪为标志的法律西化也为吸收西方未成年人保护理念与实践提供了较有利的客观条件。1874年，明治政府通过《恤救规则》，为最初的未成年人保护法。该规则规定，未满十三周岁的年少者，与有残疾者、七十岁以上的重病或老弱者同为

---

① [德]Hans-Jurgen Kerner著，许泽天、薛智仁译：《德国刑事追诉与制裁》，台北：元照出版公司2008年版，第30页。

② Dünkel, Frieder. (2004). Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice. Greifswald, Germany: University of Greifswald. p. 5.

③ 林茂荣、杨士隆：《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版)，台北：五南图书出版公司1999年版，第352—353页。

受保护对象,每年可获 7 斗米救助。[1] 1884 年,池上雪枝(1826—1891)于大阪创立日本第一家感化院,采用重视自然感化力和家庭生活的“小舍制度”,使少年体验到农耕生活的艰辛。1900 年《改正感化法》的颁布使八至十八岁未成年人的矫正教育常设化。

历史上,日本先后两次学习、借鉴和吸收美国少年司法制度,使其少年司法系统深深打上了美国痕迹。随着人格主义、保护主义及教育主义被逐步介绍到日本,要求构建少年法的呼声高涨。在美国芝加哥少年法院成立仅一年后,日本即于 1900 年出台《少年管教法》。在广泛认可“国家亲权”这一理念的基础上,1922 年《矫正院法》与旧《少年法》先后施行,体现出保护处分对象虞犯少年扩大、保护处分多样化、处分个别化的特点,并设有少年审问院及人格调查等机制。旧《少年法》共 7 章 74 条,适用于十四至十八岁未成年人。该法规定,未满十六岁的少年除特别犯罪外,不适用死刑及无期刑;少年犯应与成年犯分开羁押。[2] 作为例外,某些未成年人案件也可交刑事(成人)法院审理。基于此,少年法院与监狱逐步设置,不过最初仅在东京与大阪两处设有少年法院。

不同于首次少年司法改革的自主性,第二次少年法改革因盟军最高指挥官强令下日本直接照搬美国少年司法制度,“没有给日本一点自主谨慎考虑的空间”。[3] 承袭美国少年司法理念,日本于二战后建立起整合司法机能与福利机能的少年司法体系。1948 年 1 月 1 日,施行《儿童福祉法》。次年,新《少年法》、《少年审判规则》、《少年院法》、《少年观护所及鉴别所处遇规则》及《少年院处遇规则施行》等先后通过,家庭裁判所、少年鉴别所随即启用。与旧《少年法》相比,日本刑法学家田口守一将新《少年法》的特色总结为五点,即明确“少年的健康成长”为少年法的基本理念、将以前隶属行政机关的少年法院改为家事法院、少年案件由家事法院专属管辖、保护处

---

① 尹琳:《日本少年法研究》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 6 页。

② 林榕年主编:《外国法制史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 287 页。

③ 森田明:《日本少年司法制度:历史与跨文化之视角》,载玛格丽特 · K. 罗森海姆、富兰克林 · E. 齐姆林、戴维 · S. 坦嫩豪斯、伯纳德 · 多恩主编,高维俭译:《少年司法的一个世纪》,北京:商务印书馆 2008 年版,第 360 页。

分主义得以充实,以及原则上不满十四周岁少年属《儿童福利法》调整对象。而保护处分主义的充实又表现为:少年年龄从不满十八岁提高至不满二十岁;对旧《少年法》中的九种保护处分(训诫、由校长作出的训诫、具结悔过、移送至家长、委托至保护团体、由少年保护司进行观察、移送感化院、移送矫正院及移送或委托给医院治疗)等合并为保护观察、移送少年自立设施或儿童教养设施(旧教养院)及移送少年院三种;在法务省设立少年鉴别所、在家庭裁判所设立调查官制度。①

随着日本社会结构的变化,对新《少年法》的改革也提上了日程。早在1970年,法务省即讨论《少年法改正要纲》法制审议会咨询。经过长达30年的准备,日本公明、自民、保守三党于2000年提出新《少年法》修订案。新《少年法》改正案于2001年4月施行,这次修正内容包括:将刑事责任年龄从十六岁下降为十四岁、原则上对十六岁以上犯故意伤害并致人死亡的进行刑事审判、对犯有相当于成年人死刑罪的十八岁以下少年可获得假释的年限从7年增至10年、引入三人法官组成的合议庭、重大犯罪的审理须交由检察院起诉与参与、少年审判作出结论以前最长羁押期间由4周改为8周及要求家庭裁判所审批时须听取被害人家属意见并通知其审判结果。②

2007年5月,日本又对新《少年法》予以修订。主要涉及三个方面,即:对不承担刑事责任的未满十四岁的“触犯法律的少年”所实施的犯罪行为,必要时可以由搜查机关对少年进行“强制搜查”;实施“保护处分”被送往少年院的少年年龄,从以前法律规定的十四岁以上降低到“大约十二岁以上”(“大约”的概念也包括十一岁少年);被执行保护处分的“保护观察”少年,若发现该少年没有遵守家庭裁判所规定的判决事项,不能达到处分的预定目标,家庭裁判所可以作出新的决定,把少年送往少年院或者送进儿童自立设施、儿童养护等设施。③ 不难发现,日本少年司法体系对问题少年的处置

---

① 参阅[日]田口守一:《少年审判》,载[日]西原春夫主编,金光旭、冯军、张凌等译:《日本刑事法的重要问题》(第二卷),法律出版社与成文堂2000年版,第169—170页。

② 参阅姚建龙:《长大成人:少年司法制度的建构》,北京:中国人民公安大学出版社2003年版,第329—330页。

③ 参阅[日]泽登俊雄著,俞建平译:《日本修订〈少年法〉的新动向》,载《青少年犯罪问题》2007年第5期,第57页。

渐有严厉化趋势。

(四)加拿大少年司法回顾与展望

加拿大殖民之初面临严重的未成年人问题,遭遗弃与虐待的未成年人随处可见。许多不远万里、漂洋过海来新大陆寻觅新生活的移民多为青少年,不乏受所在国刑罚流放的罪犯。1864年的一项报告称,仅魁北克一地,当年便有多至60名未成年人签了卖身契来加拿大谋生;其中最大的不过十六岁而已,其余大多介于十二至十五岁。[①] 而这种未成年人输入方式一直持续到20世纪初。据称1873年至1903年间,便有95,000名未成年人通过英国儿童移民机构输送至加拿大。[②] 这些境外年轻的新移民与原先遭遗弃、虐待的未成年人共同构成了当时加拿大"危机中的儿童"(children at risk)的相当部分。

1857年,加拿大立法机关始确定将未成年人与成年人分别处理。[③] 加拿大少年司法先后经历了《未成年人犯罪法》(*Juvenile Delinquents Act*)、《青少年犯罪人法》(*Young Offenders Act*,简称 YOA)与《青少年刑事司法法》(*Youth Criminal Justice Act*,简称 YCJA)三部主要法律的影响。1908年,加拿大联邦政府颁布《未成年人犯罪法》。在这部以少年福利为价值导向的法律中,确定"对问题少年不应当被视为罪犯,而应作为犯了错的孩子处理"。这部法律的出台造成加拿大早期少年司法与邻近美国的不同之处,即前者更注重福利制度的构建与革新来加大对未成年人保护的关注,而不是将对未成年人犯罪与偏差的防控作为工作的重心。《未成年人犯罪法》影响加拿大少年司法体系近75年,对问题少年的处分与未成年人保护起到了积极作用。尽管如此,《未成年人犯罪法》仍招致广泛批评,特别是其将触法少年与失依少年处置鱼龙混杂,认为有待改善。

---

① The International Cooperation Group. (2004). The Evolution of Juvenile Justice in Canada. The International Cooperation Group. Department of Justice of Canada.

② The International Cooperation Group. (2004). The Evolution of Juvenile Justice in Canada. The International Cooperation Group. Department of Justice of Canada.

③ Bala, Nicholas. (2003). Youth Criminal Justice Law. Toronto, ON: Irwin Law. pp. 6 – 7.

1982 年,加拿大联邦政府颁布《加拿大权利和自由宪章》(*Canadian Charter of Rights and Freedoms*)。在这部作为加拿大宪法一部分的重要法律中,对生命、自由和人身安全的重视达到了无以复加的程度。与《加拿大权利和自由宪章》相比,《未成年人犯罪法》在保护未成年人自由和人身安全方面尚需改进。1984 年 4 月 2 日,《青少年犯罪人法》将《未成年人犯罪法》取而代之。除了添加《未成年人犯罪法》缺失的未成年人权利外,《青少年犯罪人法》特别强调问题少年对被害人的经济赔偿及其他补偿。

1998 年 5 月,加拿大政府实施“少年司法重建计划”(Youth Justice Renewal Initiative),着力于重构更加有效与公正的少年司法体系。联邦政府在首个三年期规划中斥资 2.06 亿加元从事少年司法重组的各项工作。① 2003 年 4 月 1 日,《青少年刑事司法法》取代《青少年犯罪人法》生效,立法目的在于减少未成年犯的在押率,而尽量以社区矫正取而代之。据加拿大统计局 2007 年 3 月发布的一项报告称,自从该法案通过后,年龄由十二岁到十七岁的未成年人,被拘留和送交社区惩教机构的人数下降 33%,判监守的下降 54%,判拘留的下降 50%,还押候审的下降 22%。②

(五)澳大利亚少年司法回顾与展望

澳大利亚少年司法的历史充斥着变化与重新评价,而这又反映着该国社会对未成年犯罪人福利政策态度的转化立场。经过多年发展,澳大利亚业已形成福利与司法模式相结合、在刑罚的可责性与比例原则间寻求平衡、减少正式干预及引人恢复性司法和未成年犯重新融入社会等特征的少年司法体系。③

一如美国与加拿大,作为联邦国家,澳大利亚处理少年司法的主要途径仍在各州。以昆士兰州为例,1993 年 9 月 1 日,《1992 年少年司法法》

---

① Department of Justice Canada. (2008). About Youth Justice. Retrieved June 27, 2008, from http://www.justice.gc.ca/eng/pi/yj-jj/about-apropos/about-apropos.html.

② 转引自[加]环球华报:《加拿大青少年犯罪率下降三成多,得益于修改法律》,载环球华网 http://www.gcpnews.com/articles/2007-03-15/C1013_7678.html,2007 年 3 月 15 日。

③ Australian Institute of Criminology. (2006). Young People and Crime. Retrieved January 26, 2007, from http://www.aic.gov.au/research/jjustice/.

(*Juvenile Justice Act 1992*,简称 JJA)与《1992 年儿童法院法》(*Children's Court Act 1992*,简称 CCA)的生效,对该州少年司法体系重构至关重要。这两部法律表明该州改变了既往对未成年人所采取的福利政策,而少年福利系由《1965 年儿童服务法》(*Children's Services Act 1965*)所建立。1996 年,《少年司法法》得到较大修正,主要涉及强调父母在少年司法问题上的角色与责任、主张就某些少年问题加大被害人与社区的参与程度、增强法院与警方在处理问题少年上的权力及引介诸如"家庭协商会议"(family conference)等新思路将问题少年从正式的法庭程序分流出来。其后,《少年司法法》又先后于 1997 年和 1998 年予以细微修正。而 2002 年所进行的修正则更为重要,涉及能否将涉案少年相关隐私广而告之。

四、少年司法发展综合展望

在深入剖析前述英国男童贝尔格遇害等案件后,荷兰少年法学家加普·E. 德克(Japp E. Doek)总结了美国及欧洲在少年司法改革中争论的一些焦点问题,包括"少年暴力犯罪呈上升趋势;承担刑事责任的最小年龄,包括尊重个人隐私和聘请律师的权利;少年法院及其法官的作用和性质;在审判过程中如何处理惩罚(或报复)与康复(或治疗)两种目标之间的紧张关系"等等。①

近些年来在保守主义与新古典主义影响下,主张少年法院刑事(成人)化及加大对问题少年惩罚而非矫正的观点日盛。其影响已在多国少年司法实务中逐步显现,尤其是在未成年人犯罪与偏差居高不下的国家更是如此。但这尚未动摇少年司法的核心理念,反而敦促各国学者与政府相关部门摒弃原有陈腐观念,以积极态度正视体制内的既存问题。一方面对少年司法及少年法院废弃论坚决予以回击,坚守"国家亲权"与少年福利理念。另一方面,又需要审时度势,做到既有坚持,又有所舍弃,必要的舍弃仍是为了更

---

① 加普·E. 德克:《现代欧洲少年司法》,载[美]玛格丽特·K. 罗森海姆、富兰克林·E. 齐姆林、戴维·S. 坦嫩豪斯、伯纳德·多恩主编,高维俭译:《少年司法的一个世纪》,北京:商务印书馆 2008 年版,第 551 页。

好地坚持与发展少年司法。

从历史与比较的角度出发，我国台湾少年司法学者刘南英指出，“各国少年法制，由刑事法的性质，转而增加保护法的成分，以其预防胜于治疗，保护尤重于刑罚之前提，益使少年法制，更充分显示其保护少年的刑事政策”。[①] 以美国为例，联邦最高法院在20世纪60年代一系列案件中认定，尽管问题少年依然未能获得联邦保释权、陪审团审判权和快速审理权，他们仍获得比以前多得多的正当程序保护。

综合国外研究，虽然对问题少年施以惩罚而非矫正的观点不绝于耳，我们仍可以发现适用轻刑化、非刑事化、非监禁化乃系当前国际上对少年犯安置实施司法保护的大势所趋。换言之，未来少年司法走向，仍似是以保护处分为主、刑罚为辅的政策。

第三节 我国未成年人保护与少年司法的回顾与发展

泠泠七弦上，静听松风寒。古调虽自爱，今人多不弹。[②]

——(唐)刘长卿(709—786)

纵览我国历史，未成年人很长时间处于无独立法律人格的状态，但这并不意味着其完全处于被漠视的地位。以历史上儿童生活与健康问题为重点，我国台湾历史学者熊秉真指出“成人中心”或“长者为尚”、“功能论”或“目的至上”、“道德色彩”及以“严厉管教”传统幼教主流文化数个值得注意的特征。[③] 实际上，我国古代少年司法政策既包括对未成年人以“少者怀之”和“救助慈幼”为取向的保护政策，也包括以“父子一体”和“长幼有序”为基础的家庭伦理构建，还包括以“准五服以制罪”、“亲亲得相首匿”与刑事责任减轻相得益彰的刑事政策。考察其间的基本理念、发展脉络与法条案例，可追

---

① 刘南英：《泛论现代少年保护之理论基础》，载(中国台湾)http://www.ocit.edu.tw/~nyliu/literature/literature018.doc，2007年2月16日，第1页。

② (唐)刘长卿：《听弹琴》。

③ 转引自居敬：《在历史中发现儿童的身影》，载《南方都市报》2008年12月21日。

古思今,反思现行少年司法构建之得失,特别是在未成年人保护机构设置与具体运作、未成年人犯罪刑事责任年龄减轻及现代化重构等方面不无裨益。

一、清末以前之未成年人保护

(一)未成年人保护的社会政策——以"少者怀之"、"救助慈幼"为取向

我国历史上非常重视未成年人保护工作。早在《周礼》中即记载古人"以保息六养万民:一曰慈幼,二曰养老,三曰振穷,四曰恤贫,五曰宽疾,六曰安富",[①]这些慈幼养老等养民之政为后世儒家所继承、发扬。

> 《论语》中记载了孔子的一桩逸事:"颜渊、季路侍。子曰:'盍各言尔志?'子路曰:'愿车马、衣轻裘与朋友共,敝之而无憾。'颜渊曰:'愿无伐善,无施劳。'子路曰:'愿闻子之志。'子曰:'老者安之,朋友信之,少者怀之'。"[②]这里讲的是,颜渊、子路侍奉孔子左右,孔子问及二人之志向。子路回答说愿意将其车马、衣物与朋友共享,即便有所毁坏也不遗憾。颜渊则说,希望天下太平,没有战事,百姓尽享无劳役之乐。比起子路,颜渊的回答可能更为曼妙,理想高远,颇有悬壶济世之抱负。出人意料的是,听到两位高徒的宏图大志后,孔子并不以为然。随即,应弟子之请,孔子将自己的理想和盘托出,"老者安之,朋友信之,少者怀之",亦即期许老者得到安养、朋友彼此互信、未成年人得到爱护。

《注疏》在评论此事时,认为子路志向不过"重义轻财之志也"而已。相比之下,颜渊则系"仁人之志也",显然高深一些。但即便如此,与孔子相比仍顿失颜色,"言己愿老者安,己事之以孝敬也。朋友信,己待之以不欺也。少者归,己施之以恩惠也。"[③]在孔子看来,"少者怀之"作为国泰民安的重要指标项,对于国运昌盛、百姓安居乐业具有举足轻重的作用与意义。不仅如此,孔子还强调,"不教而诛谓之虐",[④]主张凡事教化为先,认为以教化缺

① 《周礼·地官·大司徒》。
② 《论语·公冶长》。
③ 《论语注疏》。
④ 《汉书·董仲舒传》。

位为代价所实行的刑罚便是虐政。孔子多年周游列国、讲授儒学,提倡有教无类。西汉大儒董仲舒(前179—前104)在《天下三策》一文中进一步将其发扬,指出“刑罚甚轻而禁不犯者,教化行而习俗美也”。[①]“德主刑辅”、“矜老恤幼”作为封建礼教的重要原则,对于深刻理解并领会先哲对未成年人力倡广施教化有所裨益。

《淮南子》曰:“法者,非天堕,非地生,发于人间,而反以自正”。[②] 是说法之出现并非凭空而来,而是来源于现实生活并反映现实生活。亦即,什么时空出现什么样的法律是以其深刻的社会现实为背景的。对未成年人保护的法律也与当时的社会发展状况密切相关。自有秦以来,各代在保护未成年人,特别是少年的“慈幼”与保护上不遗余力。例如《睡虎地秦墓竹简》中记载,“善杀养子者法当弃市”。[③] 西汉景帝曾下诏,“强毋攘弱,众毋暴寡,老耆以寿终,幼孤得遂长”。[④] 不过,慈幼与救助贫病和养老常混在一起,如唐代所设的悲田养病坊便为我国古代第一个较为完备的矜孤恤贫、敬老养病的慈善机构。唐玄宗开元二十二年(734),“断京城乞儿,悉令病坊收管,官以本钱收利给之”。[⑤] 北宋亦设有“居养院”、“安济坊”和“漏泽园”等福利设施,救助孤幼。元祐五年(1090),苏轼(1037—1101)于杭州始建“病坊”,又名“安乐”。崇宁元年(1102)八月辛未,“置安济坊,养民之贫病者,仍令诸郡县并置”。九月戊子,“京师置居养院,以处鳏寡孤独”。[⑥] 崇宁二年(1103),易名为“安济坊”,其后各地均设有安济坊。

尽管如此,专门的慈幼机构直到南宋中期以后才出现,主要为婴儿局、慈幼局和慈幼庄等。慈幼局作用除了收养遗弃儿外,也可为无子女者收养之用。“宋京畿各郡门有慈幼局。盖以贫家子多,辄厌而不育,乃许其抱至局,书生年月日时,局设乳媪鞠育之。他人家或无子女,许来局中取去为后。故遇岁侵,贫家子女多入慈幼局。是以道无抛弃之子女。若冬遇积雨雪,亦

---

① 《汉书·董仲舒传》。
② 《淮南子·主术》。
③ 《睡虎地秦墓竹简》。
④ 《汉书·景帝纪第五》。
⑤ 《唐会要卷四十九》。
⑥ 《宋史·徽宗本纪》。

有赐钱例。虽小惠，然无甚贫者。此宋之所以厚养于民，而惠泽之周也”。[①]从这项记载可以发现，慈幼局设置已比较齐全，专门保姆“乳媪”负责具体养育。如“冬遇积雨雪”，官府还会另有赐钱。此类救济机构亦非宋代一家，各朝历代亦有设置。至清中期，“朝廷令直省各置育婴堂”，使这一制度性救助常设化、普遍化。

虽然我国古代法律民刑不分，民事法律并不发达，但对未成年人保护的若干规定仍有章可循。以未成年人保护中较为重要的监护权为例，早在唐代已出现未成年人监护的实例。

【案例十】

唐代宝应元年(762)六月某日，两名八岁孩童在张游鹤店门口闲坐时，不期突然为过路疾驶的车子所轧伤。因尚未成年，其父分别代理其利益而将肇事者康失芬告至高昌县。后者在调查取证后，判处康失芬保辜治疗。[②]

需要说明的是，本案案发于高昌县，而该县在唐代时常处于局势并不稳定的边陲。但即便是这样一个地区，对于未成年人保护的程序仍落在了实处，不但允许未成年人父母代理未成年人控告加害人，且判决结果“保辜治疗”切实可行。

在浩如烟海的古代法律典籍中，《唐律疏议》对未成年人的保护较具代表性。该法典完全按照礼教思想来编纂，为儒家化法典，又称“一准乎礼”，其中涉及刑事责任年龄和未成年人保护等内容。国内有学者认为，其颁布与实施“不仅代表着我国封建法律文化建设的高潮，而且也因其对我国未成年人保护规定的进一步总结和完善，使其成为我国第一部系统规定有关未成年人犯罪和保护青少年问题的法典”。[③]

---

① 《永乐大典·山樵杂录》。

② 陈永胜：《〈宝应元年六月高昌县勘问康失芬行车伤人案〉若干法律问题探析》，载《敦煌研究》2003年第5期，第85—86页。

③ 彭程：《吐鲁番文书里的新发现 对未成年人实施监护古已有之》，载《检察日报》2004年4月2日。

（二）未成年人在家庭之地位——以"父子一体"、"长幼有序"为基础

论及古代未成年人保护，就必须提及《颜氏家训》这部有重要历史影响力的儒家经典。该书由南北朝时期北齐颜之推（531—约591）所撰，问世以后，历代士大夫推崇备至，好评如潮。清代，王钺（1623—1703）在其《读书丛残》中指出"北齐黄门颜之推《家训》二十篇，篇篇药石，言言龟鉴，凡为人子弟者，可家置一册，奉为明训，不独颜氏"，[①]其影响足可一叶知秋。《颜氏家训》全书共分七卷，其中《教子》、《治家》与《勉学》三篇均谈及未成年人议题，但大多涉及未成年人保育与教养问题。其中《教子》道：

> 上智不教而成，下愚虽教无益，中庸之人，不教不知也。古者，圣王有胎教之法：怀子三月，出居别宫，目不邪视，耳不妄听，音声滋味，以礼节之。书之玉版，藏诸金匮。子生咳提，师保固明孝仁礼义，导习之矣。凡庶纵不能尔，当及婴稚，识人颜色，知人喜怒，便加教诲，使为则为，使止则止。比及数岁，可省笞罚。父母威严而有慈，则子女畏慎而生孝矣。吾见世间，无教而有爱，每不能然；饮食运为，恣其所欲，宜诫翻奖，应诃反笑，至有识知，谓法当尔。骄慢已习，方复制之，捶挞至死而无威，忿怒日隆而增怨，逮于成长，终为败德。孔子云："少成若天性，习惯如自然"是也。俗谚曰："教妇初来，教儿婴孩。"诚哉斯语！[②]

意思大体是说，对智力中等的普通人，教化宜从小抓起，务必使其"识人颜色，知人喜怒"，而其父母应"威严而有慈"。在颜之推看来，唯有此，方使"子女畏慎而生孝矣"，才可令子女心生畏惧而对父母唯命是从，孝道便坚不可摧。

与未成年人保育而言，各代统治者与思想家无不强调未成年人对其父母无条件地服从，甚至到了无以复加的地步。孔子曰："今之孝者，是为能养。至于犬马，皆能有养。不敬，何以有别。"[③]在孔子看来，对父母尊敬有加乃是动物与人的区别。汉代明确出台奖励孝子的法律，主要以诏令形式复除孝子租役、赐予孝子钱帛爵位及褒奖赐爵令。[④] 与前述《圣经》中亚伯

---

① （清）王钺：《读书丛残》。
② （北齐）颜之推：《颜氏家训·教子》。
③ 《论语·为政篇》。
④ 李文玲：《汉代孝伦理的法律化》，载《江淮论坛》2003年第6期，第95页。

拉罕献祭其独生子艾萨克故事相仿,《二十四孝图》中有"郭巨埋儿"之逸闻:东汉时郭巨家境贫苦,因幼子常与母争食,欲将儿子活活埋掉,以确保能养活母亲。一面要养老尽孝,而另一面是慈幼,着实难倒了无数英雄好汉,所幸故事仍以黑色喜剧结尾——郭巨夫妻在掘坑时,突然挖出了一罐黄金,上书:赐孝子郭巨。想来孩子也因此得以偷生,皆大欢喜。鲁迅在读这个故事之后,曾不无讽刺地说道,"我最初实在替孩子捏一把汗,待到掘出黄金一釜,这才觉得轻松。然而我已经不但自己不敢再想做孝子,并且怕我父亲去做孝子了"。①

为儒家推崇备至之"仁者,人也,亲亲为大;义者,宜也,尊贤为大。亲亲之杀,尊贤之等,礼所生也",②意指依亲疏与等级差别实现尊敬师长、友爱家人,此为儒家旷世追求之目标使然。在处理少年与父母等长辈的关系中,儒家认为"父子一体"和"长幼有序"乃是家庭、社会乃至国家立命之根本。"父子一体(气)"意涵"父子至亲,分形同气"。③ 在日本家族法学家滋贺秀三看来,这意味着"父与子从现象上看是两个个体(分形),而在两者之中生存者的生命则是同一的(同气)"。换言之,"在观念上,子无非是父之生命的延续"。④

孟子曰,"父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信",⑤揭示了未成年人在被处理时的被动地位。所谓"为人父母天下至善,为人子女天下大孝"、"五刑之属三千,而罪莫大于不孝"⑥便是讲这个道理。《孝经》等儒家经典更是将"孝道"视为关乎人伦天理的大事。为达此目的,家长对子女拥有几无约束的权力与掌控,俗话说"棍棒底下出孝子"、"不打不成才",这也钳制了未成年人的人格成熟。更有甚者,据载"海忠介有五岁女,方啖饵,忠介问饵从谁与?女答曰:僮某。忠介怒曰:女子岂容

① 鲁迅:《二十四孝图》。

② 《礼记·中庸》。

③ 《南史·傅隆传》。

④ [日]滋贺秀三著,张建国、李力译:《中国家族法原理》,北京:法律出版社2003年版,第29页。

⑤ 《孟子·滕文公上》。

⑥ 《孝经·五刑》。

漫受僮饵，非吾女也。能即饿死，方称吾女。女即涕泣不能啖。家人百计进食，卒拒之，七日而死。”①说的是明朝海瑞（1514—1587）认为其五岁幼女接受男童之饼不合礼制而令其生生饿死的悲惨故事。不可否认，直到今天，这种对未成年人特别对女童的压制与重刑思想仍在某些人脑海中根深蒂固。

统治者为何会不遗余力倡导“孝道”？目的在于以“孝”固“忠”。孟子一席“父慈子孝，君惠臣忠，天下有道”②道破天机。有子曰，“其为人也孝弟，而好犯上者，鲜矣；不好犯上，而好作乱者，未之有也。君子务本，本立而道生。孝弟也者，其为人之本与？”③意即若能在家中对父母尽孝，对兄长顺服，那么在外就可对国家尽忠。显然，在儒家看来，对父母尽孝是对国家和君王尽忠的前提，只有对父母尽孝的人才可能会对君王尽心尽力，从而实现“以孝治天下”。推至极致，“事亲孝故忠可移于君，是以求忠臣必于孝子之门”。④

二、清末以前之未成年人刑事政策

（一）未成年人刑事责任年龄的确立

所谓刑事责任，通常是指刑法所规定的行为人对自己实施的刑法所禁止的危害社会的行为所应承担的法定责任。古今中外先后有身高、牙齿、体能等来衡量成年与否，并以此判定刑事责任承担与否。在判断某一人是否需为其罪过承担相应刑事责任的众多标准中，年龄无疑是其中最为直接和较易作出判断的。刑事责任年龄通常就是刑法规定的自然人对自己实施的危害行为承担刑事责任所必须达到的年龄。

有秦一代，《仓律》载”隶臣、城旦高不盈六尺五寸，隶妾高不盈六尺二寸，皆为小”。⑤ 换言之，凡男子身高六尺五寸、女子身高六尺二寸以下者均

① （明）姚叔祥：《见只编·卷上》。
② 《兼爱·上》。
③ 《论语·学而篇》。
④ 《后汉书·韦彪传》。
⑤ 《仓律》。

可视为未成年人。依秦律，低于这个身高的未成年人，可不承担刑事责任。[①] 关于这些身高究竟折合到哪一具体年龄，学术界曾有长期争论，基本上有十二岁、十三岁、十五岁及十六岁等不同认识。结合现有文献资料，唯有秦代以身高确认刑事责任。以身高等生理特征作为未成年人划分依据显然过于偏颇，未能考虑到不同儿童个体生理发育上的个别差异，因而在历史上不过昙花一现。至于为何以身高作为刑事责任认定标准，有学者认为其原因肇始于秦国的诞生基础、法家的重刑思想、征发徭役和兵役等原因和条件。[②] 亦有学者主张，在秦代犯罪人的年龄与是否承担刑事责任并无任何必然关系，但对其刑事责任大小有一定影响。[③]

除秦代外，年龄作为衡量成年与否的标志性标尺在历代均占据主导地位。据《礼记》："八十、九十曰耄，七年曰悼。悼与耄，虽有罪，不加刑焉"，[④]对七岁的未成年人虽然有罪，也可免其刑事责任。西周时期就有"三赦"之法，"一曰幼弱，二曰老耄，三曰蠢愚"及"凡有爵者与七十者，与未龀者，皆不为奴"。[⑤] 未龀者，意指尚未换牙的未成年人。而换牙起始年龄一般为男子七岁、女子八岁。换言之，这个年龄段以下的未成年人犯罪也不会被追究刑事责任。《唐律》亦规定，"七岁以下，虽有死罪，不加刑"，[⑥]即七岁以下未成年人即便犯有处死刑的罪行，仍然可免刑罚。而《汉书》对此更有明确规定，"年未满七岁，贼斗杀伤人及犯殊死者，上清廷尉以闻，得减死"。[⑦] 换言之，七岁以下的未成年人不得处以死刑。

此后三国、魏、晋、南北朝时期，刑事责任年龄的规定与汉大体相同。矜恤幼小之法律规定，经由魏晋律学家的归纳总结，至唐朝已经定型。[⑧]《唐律》对未成年人刑事年龄的划分主要集中在《名例律》中，将其分为四个主

---

① 朱勇主编：《中国法制史》(第二版)，北京：法律出版社2006年版，第65页。

② 谢冬慧：《秦朝以身高确认刑事责任的原因探析》，载《政治与法律》2006年第3期，第140页。

③ 方潇：《秦代刑事责任能力身高衡量标准之质疑——兼论秦律中身高规定的法律意义》，载《江苏社会科学》1999年第4期，第69页。

④ 《礼记·曲礼》。

⑤ 《周礼·秋官·司历》。

⑥ 《唐律·名例律》。

⑦ 《汉书·刑法志》。

⑧ 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社2005年版，第36页。

要阶段:七岁以下的行为人完全不负刑事责任、七至十岁的行为人一般不承担刑事责任除非犯有谋大逆等重罪、十至十五岁的行为人完全负刑事责任但可减轻处罚及十五岁以上行为人需承担完全刑事责任。① 现代各国通常都将刑事责任分为若干阶段,有两分法、三分法与四分法等几种分法。其中,二分法分为无责任年龄与完全责任年龄,而无责任能力又有相对无责任能力与绝对无责任能力之分。三分法分为绝对无刑事责任年龄、相对无刑事责任年龄或减轻刑事责任年龄,以及完全责任年龄。而四分法分为绝对无责任年龄、相对无责任年龄、减轻责任年龄及完全责任年龄。② 结合上述分法,不难看出《唐律》对未成年人刑事责任年龄认定的立法技术已然达到很高的水平:其未成年人刑事责任年龄亦分为绝对无责任年龄、相对无责任年龄、减轻责任年龄及完全责任年龄。除元代外,宋、明、清等各朝刑律基本沿用《唐律》,后者对未成年人刑事责任年龄规定之影响不可谓不大。

(二)未成年人犯罪的处断原则——"准五服以制罪"与"亲亲得相首匿"

依亲属间的亲疏远近关系,古代对相互间刑事责任认定及刑罚规定大不相同,主要标准之一便是"准五服以制罪"。③ 所谓"五服"源自《禹贡》,原指依亲属关系远近所规定的五种丧服制度。"准五服以制罪"以丧服所表明之亲疏远近定罪量刑:服制愈近,以尊犯卑者处罚愈轻,以卑犯尊处罚越重;服制愈远,则与此相反。④《晋律》首立"准五服以制罪",并为各代沿用。具体适用于未成年人时,其对父母、祖父母等不法行为的刑罚远较后者对其刑罚为甚。

不但如此,历代统治者还倡导"亲亲得相首匿",即至亲之间对于罪行

---

① 参阅刘斌:《浅议唐律中的刑事责任年龄》,载《湖北师范学院学报(哲学社会科学版)》2004 年第 1 期,第 117—118 页。

② 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社 2003 年版,第 82—83 页。

③ 《晋律》。

④ 雷海峰:《我国古代未成年人犯罪刑事政策初探》,载《青少年犯罪问题》2005 年第 4 期,第 24 页。

应当相互为隐,不得对外举报,违反者严惩,尤其对于子女报其父母者更是严惩不贷。《汉书》曾详细记录汉宣帝的一份诏书,"父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有祸患犹蒙司而存之,诚爱结于心,仁厚之至也。岂能违之哉!自今首匿父母、妻匿夫、孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻"。[①] 字里行间,所谓"父子之亲,夫妇之道,天性也"与"虽有祸患犹蒙司而存之,诚爱结于心,仁厚之至也。岂能违之哉"均不难发现,封建君王对父子亲情及危难时互相扶助的深切感慨。而"匿父母、妻匿夫、孙匿大父母,皆勿坐"更是开创"亲亲相隐"千年长河。与"匿父母、妻匿夫、孙匿大父母"相比,"父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙"的后果已从"皆勿坐"上升为"皆上请廷尉以闻",即从自动免除刑事责任到上报中央政府裁决。上对下的隐匿与下对上的隐匿后果截然不同,这也反映出封建社会阶层不平等而引发的刑罚不平等后果。这一制度发展到唐代,《唐律》亦规定,"父为子天,有隐无犯。如有违失,理须谏诤,起敬起孝,无令陷罪"。[②] 当然,"亲亲相隐"并不是无限适用的,对于反、逆等大罪,则不在此限,甚至施行父子连坐等酷刑。

尽管国内有学者呼吁在适当场合下有限恢复"亲亲得相首匿",以保证家庭成员间的凝聚力与隐私权,但短时间内被接纳的可能性微乎其微。有意思的是,曾深受中华法系影响的越南,在其现行刑法中仍规定有"不告罪",体现出因家庭关系而对某些犯罪可"亲亲得相首匿"。《越南刑法典》第二十二条第一款规定,"知道犯罪正在预备、实施或者已经完成而不告者,必须承担不告发罪的刑事责任"。不过该条第二款随即话锋一转,以"但书"规定如不告发者为"罪犯的祖父母、父母、子女、孙子女、同胞兄弟姐妹、妻子、丈夫时,只有当犯罪为危害国家安全罪或者其他特别严重犯罪时,才承担不告发罪的刑事责任"。[③]

(三)未成年人刑事责任的减轻

我国古代刑律对未成年人刑事责任减轻有明确规定,如《法经》指出,

① 《汉书·宣帝纪》。
② 《唐律·斗讼律》。
③ 米良译:《越南刑法典》,北京:中国人民公安大学出版社2005年版。

“罪人年十五岁以下，罪高三减，罪卑一减”①。除了这种自动减刑外，历代更多见的是“赎”，以金钱赎买罪行，以达到减轻或免除刑罚的目的。但是这种收赎并非自动给予，而常以优待方式出现。行为人应具有一定的条件，包括官职和其他资历。对于十五岁以下的未成年人来说，若犯罪人身有残疾，官府一般都会同意其收赎。如《唐律疏议》规定，“诸年七十以上、十五以下，及废疾，犯流罪以下，收赎”。② 即便犯有谋反、谋大逆、杀人应死等重罪，仍可沿用“上请”程序，上报京师，由皇帝亲自决断。③

除了收赎这种形式外，历史上还曾出现“改流”、“免死”等减轻刑罚措施。以《大清律例统考卷》为例，《窃盗》第三十五条例文中指出，对于旗人中的“积匪”与“猾贼”消去其旗籍，在面部刻上“积匪猾贼”四个字样，处流放新疆等地作为兵丁的奴役。而对于五十岁以上、十五岁以下及残疾人则处刑甚轻，如不发配新疆，而改发黑龙江。④《刑律贼盗》篇第二十六、二十七等章节亦有类似对十五岁以下问题少年的特殊照顾处理。

【案例十一】

乾隆四年(1739)五月，湖北巡抚崔纪审理陈子隆等一伙抢劫随州人王之慕一案。案中，一年仅十四岁同伙陈言自己系被迫入伙，而且未分得赃物。对于这一案件的处理，清廷十分审慎，援用康熙四十五年(1706)陕西的类似案件，经九卿会审，决定免其死刑，判处流放。⑤ 而依清朝刑律，凡抢劫情节严重者，不分首犯与从犯皆可判决枭首；若只伤人而未得钱财则比照抢夺伤人科断。显然九卿会审考虑到被告人未成年这一特殊情形而法外施恩。不久，这一案例便被正式修入清律之中。

“存留养亲”或“存留承祀”恤刑原则也在一定程度上减免未成年人刑

---

① 《法经·减律》。
② 《唐律疏议·名例》。
③ 朱勇主编:《中国法制史》(第二版)，北京:法律出版社 2006 年版，第 163 页。
④ 《大清律例统考卷·窃盗》。
⑤ 《大清律例统考卷·强盗》。

事责任,尤其是未成年犯罪人为家中独子更是如此。《魏书》曾记载:"主簿李王易驳曰:'亲法例律,诸犯死罪,若祖父母父母年七十已上,无成人子孙,旁无期亲者,具状上请。流者鞭笞,留养其亲,终则从流,不在原赦之列'。"[①]《唐律疏议》:"诸犯死罪非十恶,而祖父母父母老疾应侍,家无期亲成丁者,上请。"[②]大明律仿唐律专列"犯罪存留养亲"条:"凡犯死罪,非常赦所不原者,而祖父母、父母老疾应侍,家无以次成丁者,开具所犯罪名奏闻,取自上裁。若犯徒流者,止杖一百,余罪收赎,存留养亲。""存留养亲"在唐代得到发展,而清代更趋完善,其目的是为了对封建伦常的弘扬。[③] 法史学者张晋藩曾将中华法系特点归结为:德主刑辅,明刑弼教;援法断罪,重惜民命;矜恤老幼孤寡,宽宥残疾废疾;存留养亲,免死承祀。[④] 在此基础上,他认为人本主义是中国传统法文化的哲学基础,也是中华法系的特点之一。上述四点之中,几乎均与未成年人刑事责任免除、从轻或减轻有密切联系,尤其是"矜恤老幼孤寡,宽宥残疾废疾"、"存留养亲,免死承祀"。

这些罪责个别化与轻刑化并非无条件适用,仍必须服从于维护封建法统这个大前提。《礼记》曰"父母怒,不说,而挞之流血,不敢疾怨,起敬起孝",[⑤]便是说无论父母如何对待子女,即便拳脚相加直至出血,子女仍不能有丝毫怨言,而应始终毕恭毕敬。倘若未成年人有不服从父母管教的事例,法律默许其父母及宗族至亲采取一切必要措施予以纠正。推至极端,"贼杀其亲则正之"。[⑥] 一旦未成年人越过红线,不但即刻为官府缉拿,且所受刑罚甚巨,"凡杀其亲者,焚之"。[⑦]

(四)未成年人刑事司法政策

除了刑事责任外,我国古代在逮捕、审讯、科监等方面均对未成年人有

---

① 《魏书·刑法志》。
② 《唐律疏议》。
③ 吴晓玲:《论中国封建法制的恤刑原则》,载《南昌大学学报》2000年第1期,第55页。
④ 张晋藩:《人本主义——中华法系特点之一》,载《河北法学》2005年第9期,第84页。
⑤ 《礼记·内则》。
⑥ 《周礼·夏官·大司马》。
⑦ 《周礼·秋官·掌戮》。

一定特殊刑事政策，体现出有别于成年人的关爱与保护。就逮捕而言，汉平帝元始四年（公元4年）颁诏，“惟苛暴吏多拘系犯法者亲属，妇女老弱，构怨伤化，百姓苦之。其明敕百僚，妇女非身犯法，及男子年八十以上七岁以下，家非坐不道，诏所名捕，它皆无得系”。[①] 也就是说，对七岁以下儿童不予拘捕。汉景帝时，对于“年八十以上，八岁以下，及孕者未乳、师、侏儒当鞫系者，颂系之”，[②]对八岁以下儿童不带刑具。

三、清末民国时期未成年人保护与刑事政策

（一）晚清、民国未成年人保护与刑事政策

清末民初，社会环境急遽变化，国家陷于数千年未有之困境。一方面，内忧外患，民族处于危亡边缘；而另一方面，欧美民权、平等、博爱等思想先后登陆，不但成为仁人志士期许改变国家颓废的利器，而且带来未成年人保护与处置异于过往的理念。

在西方列强的坚船利炮下，清政府一方面迫不得已对现行律例进行删修，另一方面颁布上谕“着派沈家本、伍廷芳等将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务其中外通行，有裨治理”。[③]《大清律例》地位至此产生动摇，《大清新刑律》草案于宣统二年（1910）得以颁布。据《大清新刑律》第11条规定，“未满十二岁人之行为不为罪”。同时规定未满十六岁犯罪得减刑罚一等或二等，未满十二岁人得施以感化教育。

《大清新刑律》原定于宣统五年（1913）施行，但武昌起义及1912年民国临时政府的成立使其已不可能。不久，临时政府通告全国《大清新刑律》除与民国国体抵触外，其余条文一概暂行援用，随即将修订后的《大清新刑律》改称为《暂行新刑律》。1928年，在《暂行新刑律》基础上，北洋政府颁行《中华民国刑法》。其中，将刑事责任年龄由十二岁改为十三岁，并规定十三至十六岁间少年不法行为可减刑一半。7年后，民国政府颁布新刑法，将未成年人刑

① 《汉书·平帝纪》。
② 《汉书·刑法志》。
③ （清）《修律上谕》。

事责任年龄进一步上调至十四岁。鉴于法案中尚未直接规定未成年人的特殊处分,国民政府司法行政部遂于1936年5月9日颁布训令,提醒注意少年犯与成年犯的人格区别与未成年人保护,“查未满十八岁人之犯罪,或系不罚,或得减轻其刑,刑法十八条已分别规定。至审理此种少年之诉讼程序,虽应依照刑事诉讼法办理,然少年犯之心理,究与成年犯有别。若审判时不加注意,予以同一处置,殊失保护少年之宗旨。嗣后各该法院对于少年案件,务须择法官之经验丰富,性情和厚,且于心理学、犯罪学、教育学有相当研究者分配审理。至于审理该项案件,其形式尤宜力求简单,勿过严厉。”[①]随该训令,司法行政部另附有《审理少年案件应行注意事项十五点》。

除了刑事责任,民国政府还在未成年人的机构处分上有一定作为,如《监狱规则》规定“未满十八岁,须监禁于幼年监”。[②] 在台湾学者朱胜群看来,这一系列立法都表明“在法制上言之,已推进至以刑罚以外之方法处遇少年犯之阶段,可谓距现代少年立法,虽不中亦不远矣”。[③]

这一时期,虽连年战乱,北洋政府、国民政府及部分地方政府先后出台若干未成年人保护举措,成立专门机构实施未成年人保护。例如,1928年8月,遵照国民政府条例,江苏省昆山县政府成立救济院,下设养老兼残废所、育婴所(养儿院)、孤儿所、贷款所、特别妇孺留养所。其中,育婴所收容贫困及被弃之婴幼儿,并随时给民众索取收养;孤儿教养所收容五岁以上、十五岁以下男孩及十二岁以下女孩。[④]

中国社会从封建社会到半封建半殖民地社会的嬗变,给未成年人保护事业打上了一定的半殖民地烙印。1855年,法国传教士于上海徐家汇创办横塘育婴堂。在此基础上,1864年又创设孤儿院,专收六至十岁教外孤儿。这些传教士秉承基督救世的信念纷至沓来,在各地纷纷建立规模不等的育

---

① 转引自沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版,第13—14页。

② 转引自林茂荣、杨士隆:《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版),台北:五南图书出版公司1999年版,第10页。

③ 转引自姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,北京:中国人民公安大学出版社2005年版,第76页。

④ 张峰:《试论民国时期昆山的慈善事业——以昆山县救济院为中心》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期,第88页。

婴堂或孤儿院。客观地说,这些孤儿院的设立与运作在很大程度上解决了当时存在残婴与女婴遗弃与安置的问题。但亦有殖民者以传教之名、行侵略之实,在当地造成了相当恶劣的影响,加上闭关锁国造成的迷信,也出现过对此类孤儿院打砸烧等情况。

与此同时,为数不少的未成年人保护机构也在其中发挥了中坚作用。1920年,慈善家熊希龄(1870—1937)创办北平香山慈幼院,收养京畿地区的无辜灾童。1922年,长沙开福寺、灵云寺等八寺的僧众联合筹款创办起湖南佛教慈儿院,以"收养孤苦儿童以国民教育兼司各种工艺,俾能独立谋生为宗旨"。

在日寇铁蹄肆虐之下,内迁1,500万难民中难童几近400万,其中亟待救济者数十万人。[①] 1938年3月10日,"中国战时儿童保育会"于武汉圣罗以女中成立,推宋美龄(1897—2003)为理事长,主张"保卫儿童生命之安全,使成为健全之国民"、"依照抗战时期之经济条件,以最经济之方法,合理之教养,加强儿童之健康"。除此之外,当时为未成年人保护事业奔忙的尚有上海孤儿院、广慈苦儿院、上海贫儿院、中华慈幼协会等民间机构,为推进未成年人保护作出了卓有成效的贡献。

在政府层面,1928年5月,国民政府内政部公布了《各地方救济院规则》。1938年5月,国民党中央执行委员会成立"中央社会部",两年后改属行政院。社会福利司即为社会部四个司局之一,其下又设有六个科室,包括儿童福利科,主管儿童保护事业,重点在于使儿童免于饥饿与死亡。同年社会部出台《奖惩育婴育幼事业暂行办法》,并指导各省市创办儿童健康指导所,指导各省筹设儿童公园,创办儿童营,编定儿童法规等。[②] 1941年,该部召开第一次全国儿童福利会议,通过"善种、善生、善养、善教、善保"五善政策。1944年,"战时儿童保育会"于陪都重庆成立全国儿童福利协会,拟有

---

① 转引自曾桂林:《施善与教化:中国流浪儿童救助保护史述论》,载民政部社会福利和社会事务司,http://sws.mca.gov.cn/article/llyj/200711/20071110003568.shtml,2007年11月10日。

② 参阅李燕俐:《国民党的儿童福利法制经验——从中国时期到首次儿福立法》,(中国台湾)台湾大学法律研究所2003学年度第一学期"法律史专题研究"学期报告(未刊稿),2003年12月15日。

《儿童保育政策》,并建议制定《儿童福利法》。总体而言,国民政府推行积极的儿童福利政策,"不仅通过立法来保护儿童利益,组织和动员社会力量参与难童急救,而且还与大专院校、社会慈善组织一起培训儿童福利工作方面的专门人才,进行儿童福利的实验示范工作"。①

除上述努力外,未成年人保护事业在国际合作方面也有一定的进展。1946年,联合国通过第57号决议设立"国际儿童紧急救济基金会"(United Nations International Children's Emergency Fun,简称UNICEF;1953年后称"联合国儿童基金会"),向二战受难国儿童提供紧急救济。作为二战主要交战国的中国,备受战争蹂躏,亦在援助名单之列。是年5月21日,该基金会与社会部签订基本协议,于我国设立办事处,积极进行设立奶粉供应站、举办冬衣救济、办理医药救济及接生员培训等救济活动。

清末以来,历届政府在各个历史阶段均不乏高姿态表示推进未成年人保护事业发展,有些还煞有介事成立若干机构,制定相关法规。限于当时军阀混战、民生凋零、经济停滞等阻碍,未成年人保护事业仍长期裹足不前,许多制度上的创新常流于形式,窒碍难行。

(二)苏区与解放区未成年人保护与少年刑事政策

中国共产党历来关心并重视未成年人保护事业的发展与壮大,对未成年人的健康成长与发展寄予厚望。早在瑞金时期,中国共产党与苏区政府就对未成年人问题给予较多关注。随着国内外形势纷繁复杂的发展,中国共产党与军队先后转战全国各地领导中国革命向纵深方向深入。无论客观环境如何恶劣,中国共产党从未放弃致力于改善民生、提高人民生活水平的目标,而加强对未成年人教育感化为其中重要内容。例如,1934年4月8日公布的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》第37条规定:"年龄在十六岁以下的未成年人,犯本条例所举各罪者,得按照该条文的规定减轻处罚;如为十四岁以下的幼年人,得交教育机关实施感化教育。"②

---

① 董根明:《抗战时期国民政府的儿童福利政策述评》,载《抗日战争研究》2006年第4期,第31页。

② 转引自赵秉志:《未成年人犯罪的刑事责任问题研究(一)》,载《山东公安专科学校学报》2001年第8期,第12页。

四、新中国成立前未成年人保护与少年司法总结

简言之,民国前,上述这些社会政策的实现大都是以维护封建法统,确立父权、君权为核心利益的宗法制度不受挑战为前提。民国时期,未成年人保护事业虽取得一定成绩,但体现出较强的半封建半殖民地色彩。此背景之下,任何违背上述原则的少年司法政策都很难存在,这也是现代少年司法所依赖的"国家亲权"理念未能产生于我国古代的重要原因。但总的来说,我国古代少年司法与少年刑事政策表现出既有与现代少年司法某些类似之处,亦有可供后世借鉴的特征,特别是在"慈幼"机构的设置与运作、刑事责任年龄立法技术及罪责个别化与轻刑化方面都表现出一定的先进性。

限于当时复杂的政治环境,我国未成年人保护事业直到新中国成立之后才得到根本改变与长足发展。

第四节 我国未成年人保护与少年司法的现状与困境

我堪能坦白地直陈一切,因为我心目中的祖国,内省而不疚,无愧于人。我堪能暴呈她的一切困恼纷扰,因为我未尝放弃我的希望。中国乃伟大过于她的微妙的国家,无需乎他们的粉饰。她将调整她自己,一如过去历史上所昭示吾人者。①

——林语堂

一、我国未成年人保护与少年司法现状

(一)大陆地区未成年人保护与少年司法概况

1949年初全国解放在即,中共中央遂于该年2月28日发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》,明文废除国民政府

① 林语堂著,皇嘉德译:《吾国吾民》,西安:陕西师范大学出版社2003年版,第2页。

制定的法律、法令和司法制度,其中便包括上述提及的未成年人保护和犯罪处分的有关法律。之后,对未成年人保护及其刑事政策的相关规定开始散见于有关通知与法律。如何形成一个完备的少年司法制度以引导少年健康成长,阻止和预防未成年人犯罪,并督促迷途少年回归社会,成为新中国成立后未成年人保护的重要任务。

"文革"十年浩劫中断了少年法制建设的步伐,但随后的拨乱反正为未成年人保护与相关法制建设也迎来了春天。1979 年 6 月 10 日,中共中央转发中央宣传部、教育部、文化部、公安部、国家劳动总局、全国总工会、共青团中央、全国妇联等八部委《关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告》,确立以综合治理的手段解决青少年违法犯罪问题的基本方针。1987 年 6 月 20 日,《上海市青少年保护条例》通过,为我国首个青少年保护法规,其显著之处在于第一次把"少年法庭"写入法律之中。

在未成年人保护与合作方面,我国积极参与《儿童权利公约》的起草工作,并分别于 1990 年 8 月 29 日与 1991 年 12 月 29 日签署和批准该公约。2000 年 9 月 6 日与 2001 年 5 月 15 日,我国又先后签署了《儿童权利公约》的两个议定书:《关于贩卖儿童、儿童卖淫和儿童色情的儿童权利公约任择议定书》(*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*)和《关于儿童卷入武装冲突问题的联合国儿童权利公约任择议定书》(简称《禁止使用童军议定书》)(*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts*),并在全球发展目标框架下相继制定了《九十年代中国儿童发展纲要》和《中国儿童发展纲要 2001—2010 年》。目前,我国所有的省、自治区、直辖市及绝大多数地、市、县都制定有相应的地方儿童发展规划。2001 年,我国在北京成功主办了第五次东亚及太平洋地区儿童问题部长级磋商会议。这些都表明我国政府恪守国际条约,在推动未成年人保护各项事业的发展上取得一定进展。

就创立了一系列独具特色的工作机制,最高人民法院常务副院长沈德咏指出,我国少年司法工作在二十多年的实践中,"建立了'寓教于审'的工作制度、人民陪审员深度参与少年刑事审判工作的机制,健全了适度延伸审判职能的机制,不断拓宽审判工作在预防未成年人违法犯罪方面的职能作

用,参与预防未成年人犯罪的综合治理工作,建立了对未成年人权益保护协调联动和未成年人违法犯罪综合治理的工作机制”。①

(二)大陆地区未成年人的立法保护

我国春秋时期政治家管子(前723—前645)一席“凡国无法则众不知所为,无度则事无仪”②,告诫但凡国家没有法制,民众就不知道如何行事;而若没有制度,行事也就没有准则。经过六十多年发展,目前我国对未成年人合法权益的保障已经形成了以宪法为保障,以《未成年人保护法》(1992年1月1日施行,2006年12月29日修订)与《预防未成年人犯罪法》(1999年11月1日施行)为核心,以《民法通则》(1987年1月1日起施行)、《婚姻法》(1980年9月10日施行,2001年4月28日修正)、《继承法》(1985年11月1日施行,2003年5月修正)、《妇女儿童权益保护法》(1992年10月1日施行,2005年8月28日修正)、《母婴保健法》(1995年6月1日施行)、《收养法》(1991年12月29日施行,1998年11月4日修正)、《教育法》(1995年9月1日施行)、《义务教育法》(1986年7月1日施行)及《刑法》(1979年7月1日施行,1997年10月1日修正)与《刑事诉讼法》(1979年7月1日施行,1996年3月17日修正)等部门法为内容及以司法解释、部门规章、行政法规为有益补充的基本比较完善的法律体系。

近年来,最高人民法院与最高人民检察院分别下发《关于办理未成年人刑事案件适用法律的若干问题的解释》(1995年5月2日施行,于2006年1月11日修正为《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》)、《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》(2001年4月12日施行)、《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(2007年1月9日施行)、《关于办理少年刑事案件建立相配套工作体系的通知》(1991年6月1日施行)及《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》(2010年8月14日施行)等司法解释。国务院及各

---

① 袁定波、郭宏鹏:《创立独具中国特色少年司法工作制度,涉少刑案政法配套机制待完善》,载《法制日报》2008年7月2日。

② 《管子·版法解》。

部委发布的其内容直接涉及未成年人保护的有关行政法规及部门规章,主要有《卖淫嫖娼人员收容教育办法》(1993 年 9 月 4 日施行)、《强制戒毒办法》(1995 年 1 月 12 日施行)、《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》(1995 年 10 月 23 日施行)、《公安部关于少年犯管教所收押收容范围的通知》(1982 年 5 月 1 日施行)、《少年管教所暂行管理办法(试行)》(1986 年 11 月施行)、《未成年犯管教所管理规定》(1999 年 12 月 18 日施行)、《文化部、公安部关于严禁利用电子游戏机进行赌博活动的通知》(1992 年 12 月 9 日施行)、《国家教委关于严格控制中小学生流失问题的若干意见》(1989 年 1 月 30 日施行)、《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》(2003 年 8 月 1 日施行)、《法律援助条例》(2003 年 9 月 1 日施行)、《家庭寄养管理暂行办法》(2004 年 1 月 1 日施行)等。

这其中最为重要的法律当属《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》,这是我国未成年人保护史上里程碑式的两部法律。前者于 1991 年 9 月 4 日由全国人大常委会通过,内容涉及家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护四个主要方面,为指导未成年人保护与未成年人犯罪预防的纲领性法律。尤其值得称道的是,这部法律专门设立了"司法保护"一章,明文规定了"对违法犯罪的未成年人,实行教育、感化、挽救的方针,坚持教育为主、惩罚为辅的原则"。2006 年 12 月 29 日又对《未成年人保护法》进行了全面修订,分为七章七十二条。而 1999 年 6 月 28 日通过的《预防未成年人犯罪法》,分为八章五十七条,对预防未成年人犯罪的教育、未成年人不良行为的预防、未成年人严重不良行为的矫正、未成年人对犯罪的自我防范、未成年人重新犯罪的预防及法律责任等几个方面作了详细规定。

值得一提的是,我国刑法在未成年人保护方面取得较大进展,不少法条将对未成年人保护进一步落到了实处。如《刑法》第 26 条明文规定,"教唆不满十八周岁的人犯罪的,应当从重处罚"。第 182 条规定,"虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制;犯前款罪,引起被害人重伤、死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑"。第 183 条规定,"对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有抚养义务而拒绝抚养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制"。这些条款为预防和打

击虐待未成年家庭成员提供了刑法保护。

除此之外,《刑法》还专设有"猥亵儿童罪"、"奸淫幼女罪"、"拐卖妇女、儿童罪"、"收买被拐卖的妇女、儿童罪"、"聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪"、"雇用童工从事危重劳动罪"、"拐骗儿童罪"、"引诱未成年人聚众淫乱罪"、"走私、贩卖、运输、制造毒品罪"、"引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪"、"引诱幼女卖淫罪"、"嫖宿幼女罪"与"传播淫秽物品罪"等罪名专项打击危害未成年人合法权益的犯罪行为。如《刑法》第236条规定,"奸淫不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚"。第237条规定,"以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑或者拘役;聚众或者在公共场所当众犯前款罪的,处五年以上有期徒刑;猥亵儿童的,依照前两款的规定从重处罚"。第262条规定,"拐骗不满十四周岁的未成年人,脱离家庭或者监护人的,处五年以下有期徒刑或者拘役"。第301条第2款规定,"引诱未成年人参加聚众淫乱活动的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制,并从重处罚"。第347条规定,"利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品,或者向未成年人出售毒品的,从重处罚"。第353条规定,"引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的,从重处罚"。第359条第2款规定,"引诱不满十四周岁的幼女卖淫的,处五年以上有期徒刑,并处罚金"。第360条第2款规定,"嫖宿不满十四周岁的幼女的,处五年以上有期徒刑,并处罚金"。第364条规定,"向不满十八周岁的未成年人传播淫秽物品的,从重处罚"。

不但《刑法》对引诱、教唆、威逼未成年人犯罪的不法行为进行严厉打击,而且国家还根据社会的现实变化,灵活性地出台单行刑法以更有效保护未成年人健康成长。1991年9月4日,全国人大常委会通过《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,规定"强迫或引诱不满十四周岁的幼女卖淫的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处一万元以下罚金或者没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。嫖宿不满十四周岁的幼女的,依照刑法关于强奸罪的规定处罚"。

2000年3月21日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、全国妇联联合发出《关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通

知》。该通知第四部分指出,“凡是拐卖妇女、儿童的,不论是哪个环节,只要是以出卖为目的,有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转、窝藏妇女、儿童的行为之一的,不论拐卖人数多少,是否获利,均应以拐卖妇女、儿童罪追究刑事责任。对收买被拐卖的妇女、儿童的,以及阻碍解救被拐卖的妇女、儿童构成犯罪的,也要依法惩处。出卖亲生子女的,由公安机关依法没收非法所得,并处以罚款;以营利为目的,出卖不满十四岁子女,情节恶劣的,借收养名义拐卖儿童的,以及出卖捡拾的儿童的,均应以拐卖儿童罪追究刑事责任。出卖十四岁以上女性亲属或者其他不满十四岁亲属的,以拐卖妇女、儿童罪追究刑事责任”。这对于涉及拐卖儿童有关犯罪的相关问题作了比较详细的规定。2006 年 6 月 29 日通过的《刑法修正案(六)》第 17 条对原《刑法》第 262 条增设了“组织残疾人、儿童乞讨罪”,规定“以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满十四周岁的未成年人乞讨的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”。2009 年,公安部、民政部、住房和城乡建设部及卫生部《关于开展街头组织儿童乞讨和强迫未成年人违法犯罪专项整治行动的通知》明确要求,对发现利用未成年人乞讨的,“强化侦查措施,严惩幕后人员”。这也是针对近年来广州、深圳等城市外来人口以诱骗、拐卖等方式将未成年人作为乞讨工具这一社会丑恶现象屡禁不止的有力回应。

(三)台湾地区未成年人保护与少年司法

相比大陆地区,在儿童福利保护与未成年人犯罪与偏差防控方面,我国台湾地区在相关法律制定与制度构建方面起步较早。1955 年,台湾地区“司法行政部”仿照日本少年法,提出以“少年宜教不宜罚”为立法取向的少年法草案。但是受传统刑法观念束缚,草案在当时看来过于超前,有放纵犯罪之嫌而几乎夭折腹中。直到 1962 年,《少年事件处理法》方得以出台,其时立法原则已更新为“以保护处分为原则,刑事处分为例外”。先后经历“以教代罚”、“以罚代教”、“宽严并济”、“教罚并重”,再到今天以“教育代替处罚,以辅导代替管训”等多次修订。而在 1997 年的修订中,该少年法涵盖了下述重要内容:设立少年专业法院、增强少年法庭专业阵容、新增审理前转介处分、加重少年调查官在法庭活动中的重要性、新增对少年法定代理

人科予强制亲子教育辅导处分、健全辅佐人制度、保护处分多样化与灵活化、广泛结合社会资源协助法院辅导非行少年①、增订少年前科记录及相关数据事后涂销违反时处罚规定及建立少年保护优先机制。②

1973年,台湾地区先后通过《儿童福利法》与《儿童福利法施行细则》。1993年,修正后的《儿童福利法》规定有保护受虐及照管不良之未成年人条文,如通报、安置保护、监护权转移及主管机关权责等多项条款。1995年通过的《儿童及少年性交易防治条例》与两年后通过的《家庭暴力防治法》将保护范围扩大至受虐待儿童。2003年,《儿童福利法》与《少年福利法》合并修正为《儿童及少年福利法》,成为台湾地区推动儿童福利的主要法规。至此,可以说以《少年事件处理法》为核心,涵盖《儿童及少年福利法》、《儿童及少年交易防治条例》等的台湾地区少年法体系已建立起来。经过这些年的运作,该法不但对台湾地区未成年人保护起到了不可估量的推动作用,还为大陆地区如火如荼的少年立法工作提供了难得的借鉴范本。

在实务方面,台湾当局于1960年成立少年观护所,收容管训事件少年与刑事案件少年。1968年又在各地方法院设置缓刑官,负责少年辅导工作。1970年又成立少年法庭,并于次年起开始实施《少年事件处理法》。1999年9月15日,台湾地区第一所少年法院于高雄成立。而1999年11月20日儿童局的正式成立,成为儿童福利行政提供机构性保障的标志性事件。2010年12月8日,台湾地区公布《少年及家事法院组织法》,实现了少年法院向家事法院的衍变,也在很大程度上表明日本少年司法对台湾少年司法影响日深。

二、当前我国未成年人保护与少年司法的困境

尽管我国未成年人保护与少年司法体系构建已取得长足进展,但其在理念、制度、程序等方面并非无懈可击。与发达国家与我国港澳台地区相

① 在我国台湾地区,对“问题少年”之称谓多以“非行少年”或“触法少年”代之。

② 参阅何明晃:《少年事件处理法修正刍议》,载(中国台湾)http://ksy.judicial.gov.tw/test/心情园地/法律常识/少年事件处理法修正刍义.htm,2007年11月2日。

比，大陆地区未成年人保护与少年司法相对落后，在立法与司法实务上日显左支右绌。台湾有学者一针见血指出，“在（少年）基础法制建设及实务运作，大陆地区仍未周延”，[①]仍有持续改善的空间。

准确地说，我国现行“少年司法制度”似称之为“未成年人刑事司法制度”更为贴切，因其无论是参照欧美日法例还是国际公约，都距现代意义上的少年司法相差甚远，尤其缺乏较健全的儿童福利为坚定基石。目前我国对未成年人犯罪定罪量刑及诉讼程序适用的是与成年人共同适用的《刑法》及《刑事诉讼法》。对未成年人违法行为和不良行为的规定则散见于《预防未成年人犯罪法》、《劳动教养条例》与《治安管理处罚法》等法律法规，不仅稀缺且粗糙，而且不成体系。《未成年人保护法》强制性规范较少，缺乏常设机构负责贯彻落实，可操作性不强。虽有专章规定对少年的司法保护，但受限于整体少年司法研究与实务滞后，尚未作出组织、实体、程序等方面的必要规定，现实可操作性有待提高。此外，刑法、刑事诉讼法等法律及司法解释亦尚未完全依《未成年人保护法》及《预防未成年人犯罪法》作出对应性规定。

《东亚及太平洋地区2001—2010年为儿童的承诺》第44条敦促各缔约国，“保证努力确保我们的基础社会服务的预算至少占整个国家、地区和基层预算的20%，并呼吁捐助国努力实现其将0.7%的国民生产总值用于官方发展援助的承诺，并至少将其中20%的资金用于支持我们及我们的合作伙伴，以兑现本宣言所提及的对儿童的承诺”。即便国家在未成年人犯罪与预防上的实际花费尚不得而知，但仍可从与此相关的未成年人保护经费窥见一斑。截至2001年，拥有270多万未成年人的北京市，其18个区、县中仅有半数设有未成年人保护专项经费；即便如西城区与朝阳区也不过5万元，而大兴区更是仅有5,000元而已。[②] 其他省市更是举步维艰。

孟子云，“徒善不足以为政，徒法不足以自行”，[③]相对完整的法律也须依赖一系列机构、人员、程序及机制等措施。许多国家与地区大多建立有此

---

① 李锦松：《论大陆地区少年法制——兼论两岸少年法制之比较》，载（中国台湾）台湾观护协会网站，http://www.pbaroc.org.tw/，2007年4月15日。

② 申剑：《北京设立未成年人保护经费》，载《华夏时报》2001年9月11日。

③ 《孟子·离娄上》。

类机构，如美国司法部即设立有少年司法与未成年人犯罪预防署。时至今日，我国尚未建立专门性、专业性未成年人事务政府协调机构，儿童福利及未成年人保护工作多分散于不同政府机关与共青团等群众团体[1]。缺乏一整套儿童福利保护机构的弊端也是显而易见的，极易造成互相扯皮、推诿、效率不高等问题。

即便是少年法庭亦存在诸多问题，主要表现在组织体制、人员配置与知识结构、审判方式与收案范围等几方面。在组织体制上，大多数少年法庭依附于刑事审判庭，独立建制的少年法院仍为社会引颈以待。目前我国未成年人案件审判机构大部分设置在基层法院中，中级法院设有少年庭的并不多见。在人员配置与知识结构上，少年法庭随意性大、不稳定，审判力量严重不足。目前少年法庭主要以少年合议庭形式出现，导致法官既要审理少年刑事案件，又要审理成人刑事案件，不免有些疲于奔命。在审判方式上，尽管对问题少年采取了一些与成年犯不同的司法程序，但是基本上采取刑事审判的模式与程序。对未成年人的审理为特殊与专业性工作，与成人刑事案件性质迥异。现行刑法属于成人刑法，其罪名与刑罚的规定，对未成年人来说过于严格，并不完全适用于处分未成年人犯罪。在收案范围上，少年法庭管辖范围仅主要限于未成年人犯罪，尚未包括身份过错及治安案件。

《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款约定，“确保刑事诉讼中犯罪儿童的权利与任何其他被告人相同”。不过，即便赋予未成年人与成年人同样的诉讼权利，因其处于同一成人司法体系之中，未能充分考虑未成年人的特殊需要，这实际上仍造成对未成年人的不公正对待。而这一点在我国现行刑事司法体系下表现得尤为突出，问题层出不穷。

从立法形式上看，《刑事诉讼法》亦尚未专章规定未成年人刑事诉讼程序，对少年案件侦查、逮捕、起诉、审判及犯罪矫正等专用诉讼程序规定存有瑕疵，未凸显对未成年人的特殊处理程序。依《刑事诉讼法》，未成年人仅

---

① 尽管《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》等法律明文规定“有关部门”、“有关机构”承担儿童福利和未成年人社会管理职责，但究竟所指何方却模棱两可。除上海外，我国各级政府几乎没有处理未成年人事务的专门机构。我们建议，将共青团部分职能部门重组后置于政府序列局中成为青少年局，实行“一套人马，两块牌子”，与同级团组织合署办公。全面负责对未成年人事务的管理、协调与监督，履行政府授予的执法权与监督权。

享有相当有限的权利。如第14条规定，“对于不满十八周岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场”；第34条规定，“被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护”；而第152条规定，“十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理”。简而言之，不外乎“法定代理人到场”、“不公开审理”与“指定辩护”三项保护措施，其他则大体等同于成年人。因未成年人与成年人明显的生理与心理差异，很明显刑事诉讼法在操作中实际上存在对未成年人保护不力的弊端。《刑事诉讼法》第14条规定，讯问未成年犯罪嫌疑人时，“可以”通知其法定代理人到场。而《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第11条却规定，此类情形下“应当”通知其家长或者监护人或者教师到场。“可以”与“应当”两字之差，造成的法律后果却可能相差甚远。

三、我国少年司法研究现状与出路

（一）我国目前少年司法研究水平与困境

“兵马不动，粮草先行”，①对未成年人实现实质性保护及对问题少年进行有效矫正、保护、预防等都需要有先进而科学的理论作支撑。《北京规则》指出，“利用研究作为制定一项通晓情况的少年司法政策的基础，是保持实践和知识同时提高并不断发展和改进少年司法制度的一个重要方法”。《利雅得准则》亦要求，“防止不端行为的方案应以可靠的、科学的研究结果为依据，进行规划和制定，并应定期监测、评价和作出相应的调整”。

目前对未成年人犯罪与偏差的研究虽然有了一定进展，投入亦获得相当重视，但有深度的比较性研究与基于本土的循证研究（evidence-based research）成果依然稀缺，特别是基础理论研究严重滞后，仍是我国法学研究中比较薄弱的方面。而实务界的成果也泛陈缺新，缺乏较坚强理论的支持。2006年6月，沈德咏曾一针见血地指出，“这些年的少年司法实践积累了一

① 《南皮县志·风土志下·歌谣》。

些宝贵经验,但进行系统梳理和提炼还不够"、"这种理论研究相对滞后的现状,在一定程度上影响了我国少年司法制度的完善与发展"。[①] 2010年7月,中国审判学研究会未成年人审判专业委员会在河南省洛阳市成立;11月,首届少年司法年度论坛在北京举行。2011年4月,未成年人刑事司法改革研讨会在上海举行。这些都在一定程度上标志着少年司法特别是少年审判向纵深衍生。

从整体上说,我国少年司法学从未有自己的独立发展历程。少年司法学科地位尴尬,对未成年人犯罪与偏差研究的力量仍主要集中在犯罪学领域。近年来,国内研究力量虽有所加强,但对实证研究方法及犯罪统计学之把握及运用尚需时日,远远不能满足实际所需。部分研究成果只见树木、不见森林,对国外少年司法基本概念、基础理论及最新动态亦缺少全面性和历史性的比较分析,以致误读或片面理解某些基本概念。对现实存在的未成年犯罪与偏差问题,或是缺乏系统方法论和统计学及交叉学科渗透的把握[②],或对之视而不见,因而所提及的解决方案难免有隔靴搔痒之嫌。对少年司法的基本概念、特征和原则及程序、范围、方式、标准、具体制度设计上的研究深度和广度还显不够,这些都严重制约了我国现代未成年人司法制度的成功构建。

(二)未来我国少年司法研究建议

《北京规则》第30条就少年司法研究提出四项主张,即应作出努力组织和促进必要的研究工作,把它作为有效规划和制定政策的基础;应作出努力定期地审查和评价少年不法行为和犯罪的趋势、问题和原因及被拘禁的少年的各种特殊需要;应作出努力在少年司法制度中建立经常的评价研究体制,收集和分析供有关评价和今后改善和改革管理用的有关数据和资料;在少年司法方面提供服务的工作应作为国家发展努力的一个组成部分来进

---

① 转引自刘建:《少年司法制度理论研究滞后》,载《法制日报》2006年6月24日。

② 就少年司法研究中的实证研究问题,我国少年法学者康树华认为"缺乏完整、系统的犯罪资料,很多人发表的文章都是从理论到理论,没有量上的分析,即使有少数人文章中有一些数据,但也不甚准确和完整,从而使文章的质量和信度大打折扣"(康树华:《论中国少年司法制度的完善》,载《中国刑事法杂志》2000年第3期,第83页)。

行系统的规划和执行。刘南英认为，少年司法应注重非行现象论、非行原因论、少年法制论、矫治设施论、社会复归论、非行预测论、犯罪或非行防止论七个方面的研究。①

为了对未成年人犯罪与偏差问题有全面性掌握和全局性解决，未来少年司法研究应改弦易辙，以少年法学、犯罪学与统计学为基础，联系社会学、社会工作学、心理学、刑事法学及家事法学，以未成年人本身、家庭、学校与社会等作为切入点，多方面、多角度、立体化探寻未成年人犯罪与偏差的起因、特征，研习国内外一般性法律与实践，继而摸索符合中国特色少年司法之路。"自古不谋万世者，不足谋一时；不谋全局者，不足谋一域"，②目前我国对少年司法理论研究还远未深入，尤其是牵涉全局的基础性研究更是稀缺。今后相当长一段时间内，少年司法研究重点似应逐渐过渡到涉及全局性的制度设计上来，将未成年人调查、逮捕、起诉、审理、矫正等程序制度化、法治化、常设化，赢得满园春色。

① 刘南英：《泛论现代少年保护之理论基础》，载（中国台湾）http://www.ocit.edu.tw/~nyliu/literature/literature018.doc，2007年2月16日，第3—4页。

② （清）陈澹然：《寤言二迁都建藩议》。

第二章　未成年人权利与少年司法运作

第一节　少年司法与刑事司法概论

少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个组成部分，同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序。

——《北京规则》

一、导　论

（一）少年司法与刑事（成人）司法的法理辨析

1. 少年司法与刑事司法的区别

望文生义，少年司法（juvenile justice）或称未成年人司法，系由英文"juvenile"与"justice"两部分组成，前者通常意指未成年人，后者指司法制度或体系，故包括日本、韩国及我国台湾等汉语圈国家与地区大都将其直译为少年司法。此外，加拿大、英国、澳大利亚、新西兰等英美法系国家还常以"youth justice"指代少年司法；而德国、法国、荷兰等非英语系大陆法系国家亦以"youth justice"译指少年司法。其中，德国、日本、韩国等国少年司法适用范围还涵盖十八至二十岁所谓"年轻的成年人"，故将之译为"青少年司法"亦不为过。

关于少年司法的具体含义，中外观点略有差异，主要视少年司法为"体系"（system）还是"程序"（process）而有不同注脚与理解。例如，《布莱克法律词典》（*Black's Law Dictionary*）并未直接给出"少年司法"之词条。相反，其以"少年司法系统"（juvenile-justice system）解释少年司法：系追究未成年

犯之集合性机构(collective institutions),直至针对其指控已被安置(dispose)或刑罚已作了结,①显然是将少年司法视为"系统"。康树华认为,少年司法是国家为了治理与预防少年违法犯罪而制定的有关法律并以此为依据建立起来的专门司法制度。② 综合考察国内外学者相关论述,少年司法乃指通过一系列司法机构、福利机构及专业人员,致力于以非敌视性及保护性态度对触犯犯罪与偏差行为之未成年人进行个别化处分与矫正的综合体系与程序,兼具"体系"与"程序"两个方面。按照内容、方法及手段不同,少年司法可分为狭义少年司法与广义少年司法。前述讨论的少年司法定义可视为狭义少年司法,广义少年司法除此之外还涵盖儿童福利,包括对偏差少年的管教、矫正与更生重建以及对失依少年的救助、保护与援助等基本内容。如不特别说明,本书所论及少年司法取狭义之意,即犯罪控制层面上的少年司法,不包括以福利为导向的儿童福利。

少年司法目的在于增进少年幸福、注重个别处分的措施,从而避免对未成年人只采用惩罚性的处分,以有效区别于一般刑事(成人)司法制度,使问题少年得到更多的关心和爱护,促其顺利回归社会。在美国犯罪学家维克特·史特莱博(Victor Streib)看来,少年司法体现了这样几个哲理:国家拥有对未成年人至高无上之权力;对未成年人实现司法个别化处分(individualized justice);问题少年身份有异于成年人,对其处分应轻于成年人;处理程序上应以非正式的非刑事程序取代正式的刑事程序;最后,对未成年人处分应符合挽救、防控以及矫正目的而非惩罚。③

论及少年司法目的时,《北京规则》指出少年司法应满足少年犯的不同需要,同时保护他们的基本权利、满足社会的需要以及彻底和公平地执行有关规则。该规则第1.4条指出,少年司法"应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个必不可少的组成部分,因而同

① Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 884.

② 康树华:《少年司法制度发展概况》,载《法学杂志》1995年第2期,第23页。

③ Streib, Victor. (1978). Juvenile Justice in America. Port Washington, NY: National University Publications. p. 8.

时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序”。[①] 规则第5.1条又强调“少年司法制度应强调少年的福祉,并应确保对少年犯作出的任何反应均应与罪犯和违法行为情况相称”。[②] 美国得克萨斯州《少年司法法典》(*Juvenile Justice Code*),亦明确少年司法应符合下述公共目的:为公众及公众安全提供保障;为与公众及公众安全保持一致性而需要就犯罪行为提升惩罚概念;在适当情形下,就儿童某些违法行为适用刑事污点(taint of criminality)取消制度[③],因儿童行为强调家长与儿童的可责性及双方责任,并以此为基础提供治疗、训练与康复;规定有益儿童健康的道德、心理以及身体发育的照顾、保护的法律条款;保障社区福利,控制儿童触犯不法行为;为了达到前述目的,在家庭环境许可前提下,只有为儿童福利或公众安全利益确有必要时,才能将儿童与其父母分离;提供简易司法程序,使得有关条款得以执行,并确保当事人可获得公正听证的权利以及其他宪法性权利保障。[④]

与少年司法相对应,刑事司法(criminal justice)通常是指以追究成年人刑事责任为导向,涵盖犯罪预防、控制与矫正的司法体系与过程的总称,其

---

① 《北京规则》第1.4条英文为“Juvenile justice shall be conceived as an integral part of the national development process of each country, within a comprehensive framework of social justice for all juveniles, thus, at the same time, contributing to the protection of the young and the maintenance of a peaceful order in society.”原译文“少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个组成部分,同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序”对英文中“integral”、“thus”及“at the same time”等词未对应翻译。似译为“少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程一个必不可少的组成部分,因而同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序”较妥。

② 《北京规则》第5.1条英文为“The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.”原译文“少年司法制度应强调少年的幸福,并应确保对少年犯作出的任何反应均应与罪犯和违法行为情况相称”中“well-being”一词对译欠妥,似译为“少年司法制度应强调少年的福祉,并应确保对少年犯做出的任何反应均应与罪犯和违法行为情况相称”较妥。

③ “刑事污点取消”又称“前科消灭”,一般系指对于有刑事污点之犯罪人,若其在前科消灭期内遵纪守法、改正悔过,由有权机关注销其有罪宣告或者被处刑记录的制度。目前美国、德国、日本以及澳大利亚等国均在其少年司法中适用未成年人前科消灭制度,我国一些地方法院亦在进行未成年人前科消灭的试点工作。

④ Texas Family Code. §51.01.

目的在于震慑犯罪和惩治罪犯。在特定情形下,刑事司法也接受未成年人接受刑事(成人)审判。通过"社会公益"(social good)最大化标准和功利主义的适用,意大利犯罪学家切萨雷·贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738—1794)详细分析了刑事司法的既定原则:首先,刑事司法应在获得犯罪补偿的私行为上起到协助作用;其次,由刑事司法所触发的刑罚目的主要在于威吓犯罪人、令其支付对社会所造成的损失及吓阻其他与该犯罪人类似的潜在犯罪人实施犯罪行为,刑罚不应该被用来解决私人损失。① 一旦社会遭受犯罪侵扰,刑事司法就应该起到减少或避免犯罪所造成社会危害的作用,而被害人不能被允许来掌控诉讼及刑罚。在他看来,通过刑罚来威慑犯罪、通过监禁犯罪人来保障社会安定与和谐为刑事司法最重要目的所在。

大凡法律制度均体现着一定的法律观念与价值。依"国家亲权"(parens patriae)及"儿童最佳利益"(best interests of the child)原则,国家尤其要以未成年人保护人身份出现的少年法院或家事法院,对问题少年采取各种救助措施较为直截了当,目的在于矫正、治疗与更生重建以增强其时效性与针对性。刑事司法所惯常采用的刑罚目的则在于惩罚、报应、威吓以及隔离。② 所谓"笞怒废于家,则竖子之过立见;刑罚不中,则民无所措手足",③便是要求刑罚的威吓作用。

根据其在新泽西州纽瓦克少年拘留所(juvenile detention center)的工作经历,美国犯罪学家刘易斯·亚伯朗斯基(Lewis Yablonsky)为我们生动描述了少年司法与刑事司法的显著区别。

---

① McDonald, William. (1976). Towards A Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim. American Criminal Law Review, 13, p.649.

② 无论是"少年司法"还是"刑事司法",其词源均非本土。按图索骥,"juvenile justice"与"criminal justice"均含"justice"一词,该词既可译为"司法",亦可译为"公正"或"公平"。虽然单词一样,但是在分别与"juvenile"及"criminal"链接使用时,"justice"适用之语境发生相应变化。"少年司法"之"司法"与"刑事司法"之"司法"涵义有所差异,前者更加注重以实现未成年人有效保护、儿童福利及挽救为终极目标,而后者则认为打击犯罪责无旁贷。这种差异性虽然近些年有所削弱并有部分融合趋势,但两者之区别仍根深蒂固,基本理念及运作程序体现出千差万别的特征。

③ (北齐)颜之推:《颜氏家训·治家》。

【案例十二】

某日，马特(Matt)和乔伊(Joe)因涉嫌偷窃汽车被警方抓捕。因驾车逃逸、暴力拒捕及吸食毒品，少年法院在“预先传讯”(preliminary arraignment)中裁定二人须交付少年拘留所而不得释放回家。此时二人均自称十七岁；但随后调查发现马特已年满十八岁，马特随即被移送至刑事(成人)看守所。次日，马特出庭受审。在其律师协助下，他迅速与控方达成辩诉交易，伏法认罪。最后刑事(成人)法院认定其汽车盗窃罪成立，被判缓刑并当庭释放。在审理过程中，刑事(成人)法院对马特既往犯罪史、情绪诊断以及家族史一概既往不咎。

少年乔伊的审理程序与结果则截然不同。在少年拘留所，他每日需就其拘禁状况面陈社会工作者。在少年法院非正式出庭后，法官据其社会与心理背景而非犯罪行为，对其作出心理治疗与辅导的裁决，并责令缓刑官就有关问题提供详细报告。3个月后，乔伊再次出庭。这次缓刑官呈交一份内容翔实的社会报告，涉及乔伊的情绪状况、既往犯罪与偏差史、学业不佳以及家庭功能不彰等问题。以家庭功能不彰为例，其父酗酒，经常虐待妻子，并有性骚扰其女和殴打乔伊等恶劣行为，而这些被视为造成乔伊性格暴烈以及曾几次卷入打架斗殴的重要原因。报告还指出，乔伊学业不佳与经常性逃学源自其学习障碍。根据这份报告，法官判定乔伊患有“品行疾患”(conduct disorder)，要求其接受更为细致而深入的诊断。随后，乔伊在该州诊断中心待了9天以接受社会及精神病学方面的评估。6个月之后，其再次出庭。此时乔伊已年满十八周岁，欲从军当兵。法官接受乔伊的此项动议，该案至此告一段落。①

亚伯朗斯基进一步将少年司法与刑事司法的主要区别分类如下：首先，

① Yablonsky, Lewis. (2000). Juvenile Delinquency into the 21st Century. Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning. pp. 8 – 9.

几乎所有的国家和地区均将未成年人犯罪与偏差和成年人犯罪以年龄相区分，通常为十八岁。其次，问题少年被认为对其行为过失承担较少的责任。再次，在少年司法运作时，考虑重点在于未成年人人格和违法行为动机而非行为本身，而刑事司法则正好反其道而行之。刑事司法通常以犯罪行为依证据并以对抗式诉讼来判定成年人犯罪与否。第四，在对问题少年的处分上，少年司法强调治疗性质的矫正效果而非刑罚。第五，少年司法在正当程序保护力度方面较刑事司法为小，法官的主导作用极为明显，不过正当程序的引入已是少年司法改革的大势所趋。[1]

2. 少年司法与刑事司法的联系

与少年司法相对应，刑事司法在英美国家中常以"成人司法"(adult justice)作为同义词。但随着未成年人犯罪与偏差危害后果、社会容忍度及矫正效果的反思与重构，各国少年司法与刑事司法已非昔日那样泾渭分明，将少年司法与刑事司法完全分开是不现实的，二者存在千丝万缕的联系。如据澳大利亚新南威尔士州的官方概念，少年司法通常系指国家对那些被指控犯或被判定有过失/犯罪(offense)未成年人的刑事司法回应。[2] 尽管"分流"(diversion)与"除监禁化"(decarceration)等儿童福利举措在德国成效日渐显著，但刑罚并未被福利及教育刑理念而取代，只是严厉程度较前有所削弱。在德国刑法学家汉斯·约格·阿尔布莱希特(Hans-Joerg Albrecht)看来，德国少年司法一直为所谓"大刑事司法"(general criminal justice)之次系统(subsystem)。[3]

少年司法本身也在努力适应变化着的社会现实，英美法系国家从早先占主导地位的"儿童福利模式"(child-welfare model)到目前的"司法模式"(justice model)或"犯罪控制模式"(crime control model)，后者更强调惩罚

---

① Yablonsky, Lewis. (2000). Juvenile Delinquency into the 21st Century. Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning. pp. 4 – 5.

② NSW Department of Juvenile Justice. (2006). Department of Juvenile Justice Annual Report 2004/2005. Sydney, Australia: NSW Department of Juvenile Justice. p. 5.

③ Albrecht, Hans-Joerg. (2004). Youth Justice in Germany. Crime and Justice. In Michael Tonry and Anthony N. Doob. Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives (edited). Chicago, IL: University of Chicago Press. p. 451.

性(punitive)及律法性(legalistic)。[①] 在现代少年司法体系中,除了对未成年身份过错犯进行必要管教与矫正外,对应承担刑事责任的未成年人适用特殊刑事处分亦是应有之义,但此类处分与刑事(成人)司法体系内的普通刑事处分在程序、范围、主体、对象、救济措施及社会帮教等方面仍存在诸多差异性,以体现出对未成年犯的挽救及福利导向。[②]

在保持和发挥各自不同作用的同时,近年来少年司法与刑事司法之间的交融与互通呈现出加快趋势,特别是少年司法刑事化或少年司法成人化(adulteration)趋势更加明显。在美国,对于极少数主观恶性极大、作案手段极其恶劣、社会危害后果极其严重的特定触法未成年人,愈来愈倾向于将其从少年法院"移送"(transfer)至刑事(成人)法院,接受刑事司法的裁判,体现出相当大的灵活度。不过,这并非意味着少年司法根本理念发生动摇,而是适应变化着的社会要求及标准(evolving standard),使得少年司法更加理性、务实。

(二)少年司法与刑事司法的主要术语甄别

除了理念上的不同外,如表一所示,少年司法与刑事司法在术语运用上也迥然不同。[③] 下文仅就其中几组较重要术语简述之。

---

① Smandych, Russell. (2006). Canada: Repenalization and Young Offenders' Rights. In John Muncie and Barry Goldson. Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications. p. 19.

② 少年司法抑或是刑事司法,其存续、发展及改革莫不根植并服务于一定的价值导向。随着社会价值多元化的加深,少年司法与刑事司法所追求的目标亦非单一,而是多元的,都包括惩罚、教育、保护、挽救及福利等复合价值体系。不过,在这多元化背后,少年司法与刑事司法所追求的终极目标或首要目标并完全等同。对于少年司法而言,挽救、保护、教育、救助或福利等同等价值观虽然并不必然排斥惩罚,但与后者相比,其意义更加突出。相比之下,针对成年人的刑事司法则将确认归责性孜孜以求之,其重要性又较挽救为先。需要特别说明的是,即便如此,这并非意味着少年司法与或刑事司法所追求的价值导向会从一而终,而会随变化着的社会现实特别是犯罪率、社会安全感(被害恐惧感)及刑事司法机构打击犯罪之实效而进退辗转,表现出一定的灵活度。换言之,少年司法政策特定情形下可能对问题少年采取"零容忍"(zero tolerance),持严打态度。不过,这种临时调整并非常态,一旦社会现实发生良性变化,少年司法政策即可能恢复原状。

③ 如前所述,近年来随着少年司法刑事化或成人化及犯罪控制政策的影响,原先存续在少年司法与刑事司法之间并将两者截然分开的术语已大不如往昔,其差异性逐渐减小,传统刑事司法中的概念与术语又重新侵蚀少年司法之中,使得少年司法原有术语与刑事司法术语交相辉映、相得益彰。术语上的变化及博弈在一定程度上体现出少年司法政策的新保守主义倾向。

表一　少年司法与刑事司法之主要术语甄别

少年司法 juvenile justice	**刑事司法** criminal justice
偏差 delinquent	犯罪 crime
拘捕 take into custody	逮捕 arrest
传票 summon	令状 warrant
呈请 petition	起诉 complaint/indictment/prosecution
应诉人 respondent	被告人 defendant
裁判听证 adjudication hearing	审判 trial
偏差确认 found delinquent/involved	有罪 convicted/found guilty
安置 disposition	量刑 sentencing
承诺 commitment	监禁 incarceration
习艺所 training school	监狱 prison
善后辅导 aftercare	假释 parole
入住人 resident	服刑人 inmate

1. 拘捕与逮捕

"take into custody"与"arrest"均可用来指警方将嫌疑人予以拘留的强制措施,所不同的是前者对象通常限于未成年人,而后者一般则为成年人。"take into custody"意为拘捕,也可译为"暂时拘留"。在少年司法发展的早期阶段,为强调其与刑事司法的差异,立法者与法官比较刻意强调避免使用"逮捕"这一可能带有污名化的术语而采用较中性的"拘捕"一词。

不过,这种划分更多的是理念上的认识,实务中许多工作人员尤其是第一线的警察并不一定会完全使用这一术语。事实上,近年来伴随新保守主义在少年司法与刑事司法领域的抬头,"逮捕"一词在英美少年司法中的使用也逐渐司空见惯了。

2. 呈请与起诉

一俟遭到警方拘捕后,无论是成年人还是未成年人都有可能面临来自检察官的控诉。对于未成年人偏差而言,检察官将依少年法"呈请"(petition)①

① 国内有学者曾将"petition"一词翻译成"起诉",但并不准确,因为未成年人被带到少年法院常常并不是其真正犯有某些罪行,而是家庭、学校、检察官、警察等认为其需要特殊关爱而提请法院给予适当处分。故译为"呈请"为妥。与此相对应,有关"呈请"的司法令状可译为"呈请状"。

法官审理问题少年案件;而在成人案件中,犯罪嫌疑人将被依刑法起诉(complaint/indictment/prosecution)。

近年来,“起诉”一词在英美少年司法中的使用频率亦愈来愈多。

3. 裁判听证与审判

与成年人面临审判(trial)不同,未成年人将面对裁判听证(adjudication hearing)。通常情况下,裁判听证采用准民事或准行政程序进行。少年法院的法官角色类似于家庭中的父母,担负起“事实发现者”(fact finder)与“睿智父母”(wise parents)的重任。而刑事(成人)案件的审理则是通过刑事诉讼来运作的,法官的角色局限于不偏不倚,居间中立审判。

在裁判听证与审判结束时,两者可能都会产生一些司法结果以表明司法机关对问题少年以及成人犯罪嫌疑人不法行为的否定态度。其中前者会导致“偏差确认”(found delinquent/involved),而后者则为“有罪”(convicted/found guilty)。

(三)我国少年司法建构的路径选择

我国现行少年司法非完整意义上的少年司法,无论是参照欧美德日法例还是国际公约,都距现代意义上的少年司法相差甚远,尤其缺乏较健全的儿童福利为坚定基石。

《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1款约定,“确保刑事诉讼中犯罪儿童的权利与任何其他被告人相同”。虽然最高人民法院、最高人民检察院等相继制定了《关于办理少年刑事案件的若干规定(试行)》及《关于办理少年刑事案件建立相互配套工作体系的通知》等司法解释,仍远远不能满足目前少年司法的实际需要。因处于同一刑事(成人)司法体系之中,未能充分考虑未成年人的特殊需要,这实际上仍造成对未成年人的不公正对待。而这一点在我国现行刑事司法体系下表现得尤为突出,问题层出不穷。以诉讼方式为例,尽管对问题少年采取了一些与成年犯不同的司法程序,但是基本上采取刑事审判的模式与程序。对未成年人的审理为特殊与专业性工作,与刑事(成人)案件性质迥异。现行刑法基本属于成人刑法(adult criminal law),其罪名与刑罚的缺乏儿童福利导向,并不完全适用于处分未成年人犯罪。

在尊重国际惯例、正视基本国情的前提下，本书作者认为，我国少年司法的建构应减少传统刑事（成人）司法理念对少年司法特别是少年福利理念的主导地位，将“国家亲权”及“儿童最佳利益原则”贯穿始终，逐步建立、健全相对独立的少年司法与儿童福利体系。少年司法在理念上、制度上、程序上、人员配置上及社会配套上宜采用不同于以往刑事司法对未成年人的传统做法，包括坚持、巩固和创新未成年人福利制度。需要说明的是，这一制度并不完全排斥刑事司法理念，“保护为主、刑罚为辅”实际上也体现着少年司法体系中刑事司法身影随处可见。①

宏观而言，少年司法实际上包含着广义及狭义之分，其中狭义少年司法为通常意义上所倡导之传统少年司法，涵盖少年刑事司法、少年民事司法及少年行政司法。至于广义上的少年司法，除了前述狭义少年司法外尚包括少年福利。少年福利或称儿童福利，包括理念上的“国家亲权”及“儿童最佳利益原则”及制度上的涉及未成年人教育、医疗卫生、援助及救助及心理咨询等内容。② 就观念而言，儿童福利贯穿狭义少年司法始终。③ 香港律政司《检控政策及常规：检控人员守则》第12.2条明确规定：“法院必须顾及出庭应讯的少年的福利。这项法例规定，行之已久。因此，在决定是否应该为了公众利益而提出检控时，就必须充分考虑该少年的福利。”此外，儿童福利还

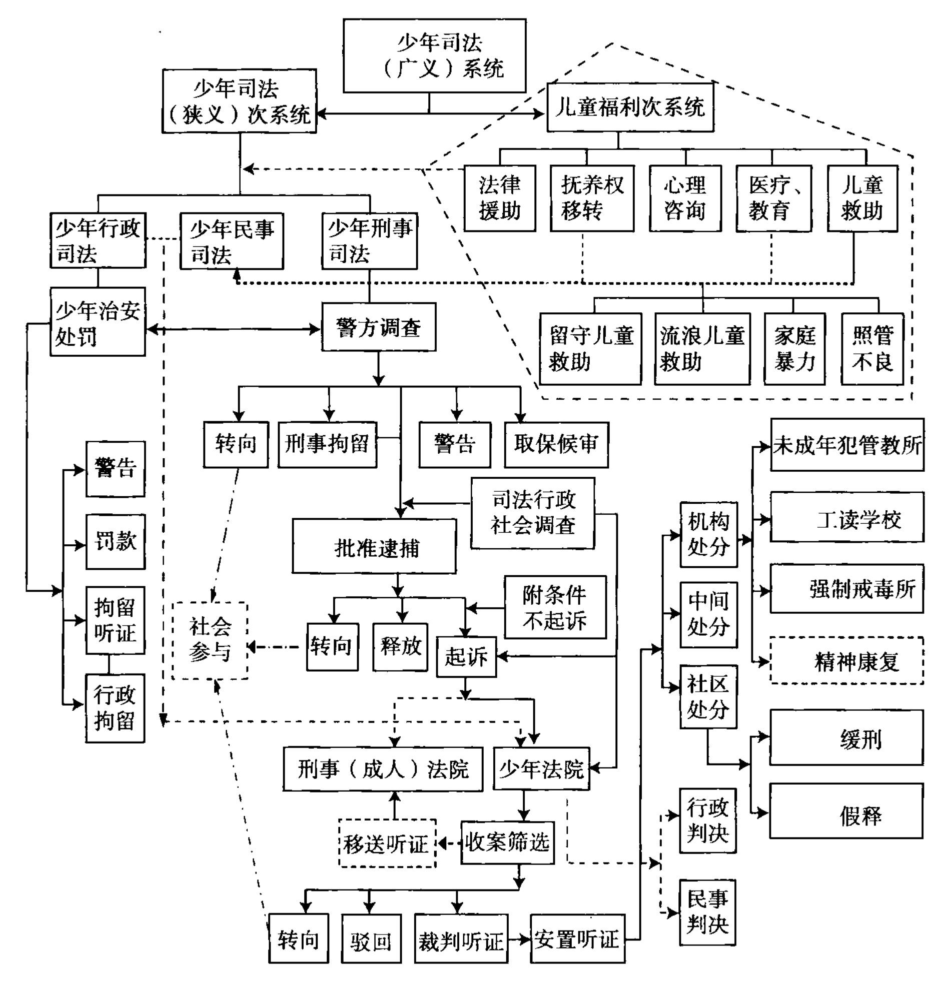
---

① “国家亲权”及“儿童最佳利益”原则在具体适用时应注意一定的灵活性。不同司法机关及社会福利部门在不同处理阶段侧重点应有所不同，如检察机关在切实关注未成年犯罪嫌疑人及被告人特殊利益及需求的同时，亦应重视保护社会安全及被害人合法权益。

② 从更宏观的角度来说，适时引导非政治性宗教力量的正面介入对于有效拓展儿童福利范畴、提高少年改过自新与回归社会以及增强社区对未成年人犯罪的包容性具有实际意义，在一定程度上可弥补少年司法机构及儿童福利机构对特定问题有时鞭长莫及之困扰。事实上，各国及地区莫不对宗教力量因势利导，充分发挥其对教徒劝善向上的积极作用实现对未成年犯罪人之洗旧革新。在其少年司法正式横空出世之前，宗教力量即在美国未成年人矫正、救助、康复等领域大显身手，并直接推动了少年法院的最终确立。

③ 构建完善的儿童福利制度日趋重要，在某种意义上说甚至比狭义少年司法构建更为紧迫。作为制度层面的儿童福利，涵盖面甚广，几乎覆盖了广义少年司法的方方面面，为狭义少年司法提供了四通八达的出口。儿童福利决不能仅视同狭义少年司法之必要辅助，而应与后者等量齐观。狭义少年司法（少年刑事司法、少年民事司法及少年行政司法）仍摆脱不了政治国家的影子，而儿童福利制度则在政治国家影子之下为公民社会的健全提供了喘息、成长和壮大的空间。儿童福利制度愈健全，未成年人所享受的切实服务、挽救及保护就愈直接、高效和公正。

以一系列制度性设计与少年互为补充，共同构成了对未成年人保护的立体防火墙。限于篇幅，本书将在后续章节中就图一中有关设想略加阐释。



图一 未来我国少年司法构建流程设想图

二、解读少年法

（一）“少年法”与“少年刑法”之辨

行文至此，我们不免要对少年司法制度所依赖的法律体系进行定性分析。2004 年 9 月 19 日，国际刑法学会第 17 届大会在北京通过了《国内法

与国际法下的未成年人刑事责任决议》。该决议建议，"对年轻人需要使用特别的法律规则"。尽管各国在设计与运作少年司法制度时采取不同形式，少年司法因各国国情差异而呈现出繁复的作用与特点，但大体上均作为相对独立的法律制度而存续世间。英美法系通常以"少年法"(juvenile law)或"儿童法"(children's law)来笼统概括少年司法诸法律，尤以前者常见。德日等大陆法系国家有时以"少年刑法"(juvenile criminal law)及"少年福利法"(juvenile welfare law)分称之。

那么，什么是少年法，它与刑法究竟有怎样的联系？少年法到底是不是刑法的一个分支部门？两者之间是否存在某种交叉呢？又是否与所谓的"少年刑法"有区别呢？这些并不是很容易回答的问题。

1. 大陆法系的"少年刑法"概念

因少年司法管辖范围有时会涵盖未成年人与"年轻的成年人"，除"少年刑法"外，"青少年刑法"术语在德、日等国也时有出现。从断字上看，"少年刑法"乃系"少年"与"刑法"合成。字面上来看，"少年刑法"应视为专适用于少年的"刑法"，也就是对未成年人之犯罪行为追究刑事责任之刑法。所谓刑法，大体上有所谓广义刑法与狭义刑法之分，其中后者为各国与地区制定的刑法典，前者含义则各国理解与规定有所不同。日本刑法学家曾根威彦认为，广义刑法是指所有规定犯罪和刑罚以及二者之间的实体关系的刑罚法规。① 可见，他将刑法定义的落脚点放在了"刑罚法规"上。曾根威彦继而又指出，刑法的机能在于其社会控制机能、法益保护机能及人权保障机能。此种对刑法的认识可视为理解传统刑法的两个基本要素，即犯罪与刑罚。在我国刑法学家马克昌看来，刑法学的核心是刑法解释学，系"根据解释现行刑法的规范的意义以体系的认识为内容的学问领域，其对象是现行的刑法规范"。② 以未成年人保护为核心内容的少年法显然已超出刑罚法规与刑法解释学的传统范畴。

刑罚作用为何，这似乎已是司空见惯的问题。古今中外的历代统治者

---

① [日]曾根威彦著，黎宏译：《刑法学基础》，北京：法律出版社2005年版，第3页。

② 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉：武汉大学出版社2002年版，第15页。

无不将其发挥得淋漓尽致。在有秦以前，诸子百家较多倡导人知礼让、慎刑，也就是《尚书》中所说的“明德慎罚”与“惟刑恤哉”。[①] 东汉梁统在其奏报皇帝的折子《刑罚务重疏》中说道，“刑罚在衰，无取于轻”，[②]主张刑罚力求公平，而不在于轻缓，主张实行严刑峻法。《尚书》中又说“与其杀不辜，宁失不经”，[③]是说与其滥杀无辜，不如通融一些不经常发生的罪过，这实际上已然暗含轻刑的思想于内了。《北史》中说“淫刑酷罚，非致安之弘规”，又说“若刑无定刑，则天下皆惧”。[④] 受制于传统刑罚理念及刑事古典主义束缚，我国现行少年司法仍拘泥于“未成年人刑事司法”，以刑法、刑事诉讼法及监狱法等刑事（成人）法应对未成年人犯罪。距倡导儿童福利的国际公约及惯例相差甚远，成为近年来制约我国少年司法制度构建的瓶颈。

在德国、日本等大陆法系国家及地区中，少年法常被视为特殊法，且为刑法之特例。日本学者还将少年法视为刑法与社会福利保障法的结合。我国台湾地区受日本影响甚深，特别是少年司法体系构建以及术语沿用都烙上了日本法的痕迹。一方面，为与所谓“成人刑法”相区分，不少台湾地区学者主张“少年刑法”这一术语，认为其具有刑事法、行政法、强行法、混合法以及特别法特征[⑤]。“少年刑法”的中文术语现已难考证其最早出处，但台湾犯罪学者沈银河在其 1988 年出版的《中德少年刑法比较研究》一书中书名即采用“少年刑法”一词，颇具影响。林山田、林东茂与林灿璋亦认为，“法治国家在普通刑法之外，大多有少年刑法的规定，形成一个独立的刑法领域，用以处理犯罪少年”。[⑥] 不难发现，三人均主张刑法外延除传统刑法之外，应设有独立少年刑法单独处理少年问题。

另一方面，林山田、林东茂与林灿璋又承认某些国家已对犯罪少年完全

---

① 《尚书》。

② （汉）梁统：《刑罚务重疏》。

③ 《尚书》。

④ 《北史·乐运传》。

⑤ 与“少年刑法”相并行，“少年福利法”概念在台湾地区亦大行其道。

⑥ 林山田、林东茂、林灿璋：《犯罪学》（增订三版），台北：三民书局 2002 年版，第 309 页。

取消刑罚，而只采用养护与教育处分。[1] 沈银河同样指出，"少年法"制度"导源于英美过去普通法之监护观念，经社会法学之影响，遂掺和新兴刑事实证理论，以适用于少年犯罪之预防，而脱去以往镇压报复之观念，转向于改善矫正之目的"。[2] 在其看来，带有浓烈英美亲属法特征的"少年法"在社会法学与刑事实证研究的共同作用下，已然成为各国未成年人犯罪预防的必胜法宝之一。他继而将"少年刑法"基本思想解释为教育思想，即排斥传统刑罚思想，突破罪责主义、赎罪目的以及非难目的，扬弃刑法上的"应报思想"。[3] 尽管如此，台湾地区安置未成年人问题的主要法律却并不直接称为"少年法"或"少年刑法"，而是"少年事件处理法"。[4]《少年事件处理法》集程序法与实体法于一体，台湾学者多认为其可视同为刑法及刑事诉讼法的特别法。[5]

林山田认为刑法功能在于规范人际关系，确保社会共同生活的基本价值，以建立社会共同生活所不可或缺的和平秩序。他将刑法功能细化为五个部分：保护法益、压制与预防犯罪、保护人权、矫治行为人和行为人赎罪机会。[6] 在他看来，刑法压制功能带有较强的痛苦性。在刑法执行或者刑罚时，无论是剥夺或限制人身自由，还是课处罚金，都不免造成对犯罪人生理、心理以及经济上的压力、不安与痛苦。以日本刑法为例，其刑法目的与理念在于实现刑法正义、共同幸福与法之安定性；其中，刑法正义通常被理解为平均的正义与分配的正义，"共同幸福"乃系指所有社会成员共同追求的基

---

① 林山田、林东茂、林灿璋：《犯罪学》（增订三版），台北：三民书局 2002 年版，第 309 页。

② 沈银河：《中德少年刑法比较研究》，台北：五南图书出版公司 1988 年版，第 21 页。

③ 沈银河：《中德少年刑法比较研究》，台北：五南图书出版公司 1988 年版，第 48 页。

④ 1954 年 7 月，台湾地区当局委托台湾大学林纪东教授为首的"少年法项目组"研拟《少年法》。翌年 12 月，该项目组向"行政院"提交《少年法草案》。1962 年，"立法院"将《少年法》更名为《少年事件法》颁行至今（参阅李茂生：《台湾地区新少年司法与矫治制度实施十年的经验与展望》，载《青少年犯罪问题》2010 年第 2 期，第 5—6 页）。

⑤ 就"少年事件处理法"之性质，尽管多数学者主张其兼实体法与程序法于一体，陈慈幸等学者认为法条之中阐述程序的多于实体的，故而其主张少年事件处理法较偏向程序法（陈慈幸、蔡孟凌编著：《少年事件处理法学理与实务》，台北：元照出版公司 2009 年版，第 3 页）。

⑥ 林山田：《刑法通论》（上册），台北：元照出版公司 2000 年版，第 47—49 页。

本利益，而所谓“法之安定性”系指罪刑法定原则。[①] 两相比较，不难发现其实刑法与少年法在所谓追求共同幸福与法之安定性方面具有一定的趋同性，然而两者在追求司法程序公正的道路上却渐行渐远。因刑法的严厉性，其在法律条文、体系结构以及刑罚执行等方面均表现出若干与其他部门法不同的特征，如公法性、强行法性。

除实体刑法外，德语语境下的刑法尚包括刑事程序法、刑事量刑法、刑事执行法、青少年刑法及犯罪学等学科。[②] 德国“青少年刑法”可能是本书作者目前所接触到的最为复杂和艰深晦涩的部门法之一。在对“青少年刑法”解释中，德国刑法学家克劳斯·罗克辛（Claus Roxin）指出其研究对象为“青少年（十四至十八岁）的犯罪行为及其（仅有部分是刑法）法律后果”，而且还包括适用于十八至二十一岁成年人犯罪行为及违法行为及其法律处理。[③] 很显然，这已然超出我们所惯常理解的少年法范畴。不过，《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》指出，“人的青年状态可以延续到年轻的成年时期（二十五岁）”，故而“立法也可以以适用于未成年人的某种类似方式适用于年轻的成人”。这样看起来，德国上述做法与之并不矛盾。

论及“少年法”概念时，许多德国刑法学家在其英文论文中除使用“juvenile criminal law”（少年刑法）及“criminal juvenile law”（刑事少年法）外，亦使用“juvenile law”（少年法）及“juvenile welfare law”（少年福利法）。在德国，涉及未成年人犯罪与偏差行为的法律包括《少年法院法》（*Jugendgerichtsgesetz*）[④]及《少年福利法》（*Jugendwohlfahrtsgesetz*）。我国犯罪学者徐久生认为，《少年法院法》集刑事实体法、程序法和刑罚执行法于一体，据此将之称为“少年刑法”似有不妥。[⑤] 德国刑法学家弗里德·邓科

---

① 黎宏：《日本刑法精义》，北京：中国检察出版社 2004 年版，第 5—8 页。

② ［德］克劳斯·罗克辛著，王世州译：《德国刑法学总论——犯罪原理的基础构造》（第三版），北京：法律出版社 2005 年版，第 5 页。

③ ［德］克劳斯·罗克辛著，王世州译：《德国刑法学总论——犯罪原理的基础构造》（第三版），北京：法律出版社 2005 年版，第 5 页。

④ 该部法律的英文版又常被译为“*Juvenile Justice Act*”（《少年司法法》）。

⑤ 许久生：《德语国家的犯罪学研究》，北京：中国法制出版社 1999 年版，第 216 页。

(Frieder Dünkel)亦明确指出,《少年法院法》并未创设出"少年刑法"这一概念。①

20世纪六七十年代,德国曾出现过是否完全废止"少年刑法"而以"少年法"取而代之的争论。德国"青少年、家庭及健康部"(Ministry of Youth, Family, and Health)甚至出台了《少年法草案》。受当时刑事司法实务界强烈抵制无果而终。在新近的1990年《少年法院法》修订中,尽管"少年刑法"概念仍得以存续,但德国立法者不再吝惜使用"分流"、"除监禁化"及"除刑罚化"(depenalization)等少年福利概念,使得其与成人刑法保持相对距离。②

2. 英美法系的"少年法"概念

在加拿大刑法学家丽莎·米库契(Lisa Micucci)看来,刑法旨在对违反刑法之罪犯进行谴责与惩罚。作为对罪犯否定最为严厉的社会控制手段,刑法的作用还在于向社会公众传递这样明晰的信息,一旦有人越过鸿沟,必将遭受最严厉惩戒。刑法与民法的区别便在于前者可对犯罪人进行道德上的谴责,而民法则不必如此大动干戈。③

米库契同时提醒注意区分有关惩罚的两个重要概念,即"父母惩罚"(parental punishment)和"刑事惩罚"(criminal punishment)。就前者而言,绝大多数父母都经常会因子女所犯过错而对其训诫有加,子女对此亦司空见惯。而后者则是凭借国家力量来对行为人的行为进行根本性否定,并采取适当刑罚予以惩戒,以达到威吓目的。④ 两相比较,不难发现,前者"治病救人",虽然手法上可能严厉,但目的简单明了,只是促动子女改过自新;而后者则"惩前毖后",仰仗国家机器强力推行之。那么这两者之间是否存在某种联系,抑或联系荡然无存呢?简单地说,所谓父母惩罚是基于父母与子

① Dünkel, Frieder. (2006). Juvenile Justice in Germany: The Compromise between Welfare and Justice. In Erc Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. p. 116.

② Albrecht, Hans-Joerg. (2004). Youth Justice in Germany. Crime and Justice. In Michael Tonry and Anthony N. Doob. Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives (edited). Chicago, IL: University of Chicago Press. pp. 447-448.

③ Micucci, Lisa. (1998). Responsibility and the Young Person. Canadian Journal of Law and Jurisdiction. 11, p. 277.

④ Micucci, Lisa. (1998). Responsibility and the Young Person. Canadian Journal of Law and Jurisdiction. 11, p. 277.

女间的血亲或者拟制上的法律血亲关系而由父母对子女严加管教。其目的单一,形式多样,轻重有别,至于子女是否成年并不考虑。刑事惩罚手段相对较为苛刻而严酷,实施对象直接指向具有刑事责任能力的犯罪人。

美国少年司法制度以及其所依赖的少年法颠覆了我们对少年法治的传统认识。① 美国犯罪学家克利福德·敦恩(Clifford Dorne)指出,少年司法植根于民法,有异于基于刑事法学的刑事司法。② 正是从这个角度出发,为显示与成人案件采用刑事程序有所不同,英美少年司法多适用"准民事程序"(quasi-civil),亦有学者称之为"半刑事程序"(semi-criminal)或行政程序。③

少年司法之所以被认为具有民法特征,主要在于其运作理念系为"儿童最佳利益"谋福祉,而这正是社会福利法的立法宗旨。一言以蔽之,少年司法具有双重性,即理念与程序上的准民事性与处理对象和结果的刑事化特征。也正是这样的双重性常常混淆我们对其的正确理解与分析。④

3."少年法"与"少年刑法"术语取舍

汉语语境下继续使用"少年刑法"概念不但与"国家亲权"原则背道而驰,而且与少年司法运作理念亦失之千里。少年司法涵盖内容方方面面,除

---

① 就"少年刑法"一词,本书作者曾专门请教于美国刑事法学家罗兰多·卡门(Rolando del Carmen)。他认为无论是刑事司法还是少年司法,美国法均不存在"少年刑法"概念,其与"少年法"应是水火不容的。

② Dorne, Clifford. (2008). Restorative Justice in the United States. Upper Saddle Rover, NJ: Pearson Prentice Hal. p. 118.

③ 诸多美国少年司法专著或权威论文在论及未成年人案件程序(juvenile proceedings)时认为应属准民事程序,如卡门等法学家甚至直接将民事或准民事程序作为其与成人案件程序(adult proceedings)14项不同区别之一(参阅 Del Carmen, Rolando v., Susan E. Ritter and Besty A. Witt. (2002). Briefs of Leading Cases in Corrections (3rd edition). Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p. 210)。

④ 无论是未成年人刑事审判组还是刑事审判庭,抑或未成年人综合审判庭,目前国内少年法庭无一例外均脱胎于刑事庭。这固然有国情之考量,但在很大程度上也折射出少年审判依赖刑事案件,特别是在构建理念及实体运作等方面深深打上了刑事之烙印。而刑事审判在注重保障人权、维护社会稳定的同时,更加重视核查、判明及追究被告人的归责性,这与儿童福利理念下的少年审判所追求的保护、教育、感化、救助及挽救等价值导向虽然并不存在根本的冲突,但其差异性是有目共睹的,而这也在实践中减缓了少年法庭和少年法院的构建。根植于"国家亲权"及"儿童最佳利益"原则的少年审判,其审判理念应与普通刑事(成人)审判有一些根深蒂固的差异性。正文所言及的"准民事程序"、"半刑事程序"或行政程序即体现出浓郁的儿童福利理念,但这并非排斥对极个别问题少年仍可适用普通刑事(成人)程序。

了未成年人犯罪与偏差外,未成年人身份过错及抚养、教养等问题远非单一刑法所能解决。幻想以刑法一劳永逸地解决不但对未成年人犯罪与偏差性质了解不够,而且还无形中加大了对未成年人挽救的难度。更为重要的是,若“少年刑法”仅作为惩戒未成年人犯罪而出现的,那么“少年福利法”的存在就显得十分必要。如是,又以何种部门法名称概括“少年刑法”及“少年福利法”呢?“少年法”这一术语即已涵盖“少年刑法”及“少年福利法”。

虽然少年司法所依仗的部门法包括宪法、行政法与刑法等传统公法范畴,但与此同时,民法中亲属法以及民事诉讼的大量私法的援用逐步混淆了公法与私法两者间的绝对界限,并加快了这些公、私法在少年法这个部门法中的融会贯通,使得少年法更具有社会法和福利法特征。即便目前一些国家出现少年法院刑事化趋向,但这并不是从根本上否定少年司法制度,也不是否定少年法的福利法性质。再提所谓“少年刑法”不但与这一潮流相左,而且尚需增加许多注脚方才能将“少年刑法”的定位勉强界定。

(二)少年法的定位

1. 少年法的性质及形式

中外学者在少年法性质上,即是否系刑事法抑或是福利法,还是两者兼具上意见不尽相同。在日本,少年法还被称为“爱之法律”。从一些未成年人犯罪行为已带有较多成年人犯罪特征角度考虑,似乎称其为刑事法并不为过,加之各国从事未成年人犯罪与偏差的法学家几乎都出身刑事法学,这也是某些国家与地区少年法常被讥为“迷你刑法”的缘由。在美国,因存有移送刑事(成人)法院这一制度,少年司法更不具有纯刑事法特征。但问题是,相对于未成年人犯罪,身份过错数量巨大,已显然不能以刑事法来规制,否则有加刑之嫌。尤其在涉及未成年人遗弃、虐待以及收养等问题上,少年法作为少年刑法注脚的解释过于苍白。以“国家亲权”原则所构建起来的现代少年司法体系以未成年人保护为出发点与落脚点,明显具有福利法特征。然而若将少年法归类为福利法仍显偏颇,其涵盖范围较小,无法囊括未成年人犯罪这一情形。而在行政法、社会法较为发达的国家与地区,少年法又带有较强的行政法及社会法特征。

综合考察国内外学者相关论述,本书作者认为所谓少年法是以未成年

人保护为导向，以培养少年人格健全为目的，促其改善自新、复归社会，涵盖未成年人犯罪与偏差预防、控制和矫正以及救助弱势未成年人的一系列相关法律的总称。少年法的立法宗旨是以少年儿童的最佳利益为核心，以有责性为补充。少年法兼具实体法与程序法，介于福利法与刑事法之间，又具有公法、私法及社会法等特征。

我国台湾刑法学者林纪东将少年法分为最广义、广义和狭义三种。最广义少年法，指所有有关少年的法律，包括教育、福利、保护、劳动等方面；广义少年法，指各种有关少年不良行为的保护法，如少年刑法、少年刑事诉讼法、少年法院法、少年监狱法、少年救护院法等；而狭义少年法，则仅指少年刑法和少年刑事诉讼法。[①] 按照内容不同，康树华、赵可将国外的青少年法规分为狭义与广义两类。其中，前者一般涉及青少年犯罪与偏差的审理和对违法犯罪青少年的教养改造问题，而后者则涉及从国家与社会层面规定以确保未成年人健康成长。[②] 这里的"青少年法规"事实上也涵盖了"少年法"的许多方面。

纵览各国与地区少年法立法例，可发现少年法的立法形式不外乎两种主要形式：单行少年法典与混合法典。此外，数量不菲的案例法也是普通法系国家处理未成年人问题的依据之一。单行少年法典系指国家与有权地方制定的规制未成年人保护与未成年人犯罪与偏差的法典，而混合法典则包括以章节形式出现、包含刑事诉讼法或家事法之中的少年法。前者如日本《少年法》、英国《儿童法》、德国《少年福利法》与《少年法院法》及加拿大《青少年刑事司法法》。后者如越南《刑法典》，其第十章共 10 项条款直接规定未成年人犯罪刑罚适用、处理原则、司法措施、刑罚与罚金、数罪并罚、减刑以及取消案籍等内容，并统称为《关于未成年人犯罪的规定》。

2. *我国少年法的展望*

目前我国处理未成年人犯罪的法律主要是与成年人共同适用的《刑法》、《刑事诉讼法》及《监狱法》等，对未成年人违法行为和不良行为的规定

---

① 参阅刘娥：《论少年法的主要特征》，载《中国青年政治学院学报》2005 年第 5 期，第 15—16 页。

② 康树华、赵可：《国外青少年犯罪及其对策》，北京：北京大学出版社 1985 年版，第 26—34 页。

则散见于《预防未成年人犯罪法》、《未成年人保护法》、《治安管理处罚法》及《劳动教养条例》等法律法规，不仅稀缺、粗糙，且不成体系。对于《预防未成年人犯罪法》及《未成年人保护法》而言，其强制性规范较少，缺乏常设机构负责贯彻落实，可操作性不强。虽有专章规定对少年的司法保护，但受限于整体少年司法研究与实务滞后，尚未作出组织、实体、程序等方面的必要规定。此外，刑法、刑事诉讼法等法律亦尚未依《预防未成年人犯罪法》及《未成年人保护法》作出对应性规定，有实务界人士认为“仅仅依据当前的法律还无法真正达到给予未成年人司法保护的目的”。①

未来我国未成年人保护的法律并不是单一的，必然涵盖并集合不同法律部门。在条件成熟时，应适时制定《中华人民共和国少年法》及《中华人民共和国儿童福利法》，②以社会法为导向，以福利法为基础，涵盖刑法、刑事诉讼法、监狱法、家庭亲属法、侵权法、行政法等部门法，全方位、多层次、立体交叉似的为未成年人福利事业保驾护航。

第二节　少年司法基本原则与未成年人之国际法保护

> 我们的时代是权利的时代。人权是我们时代的观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念。③
>
> ——[美]刘易斯·亨金(Louis Henkin,1937—　)

一、少年司法的基本原则

原则(principle)系指工作中所应当遵循的条理与程序，对原则的准确

---

①　樊荣庆：《未成年人司法保护的困境与对策思考》，载《青少年犯罪问题》2005年第2期，第42页。

②　相比制定《少年司法法》而言，《少年法》在融合现有《未成年人保护法》及《预防未成年人犯罪法》基础上，以少年司法与儿童福利法为主体，可摆脱目前未成年人保护法律层次过于凌乱、可操作性差的弊端，相当于未成年人保护及少年司法的“小宪法”，兼具实体法与程序法。

③　[美]路易斯·亨金著，信春鹰等译：《人权时代》，北京：知识出版社1997年版，前言。

把握与执行直接关系到工作的得失与成败。顾名思义，少年司法的基本原则系指在少年司法运作过程中应遵循的基本方略与程序。国际社会先后通过的有关条约已为我们提供了少年司法的一些基本原则。①

美国有学者将少年法院的指导原则归结为五点：秉承“国家亲权”理念，国家为所有儿童之终极父母；儿童理应受到救助，为达此目标国家应竭尽全力以非刑罚方式实现之；儿童均需被善待，法庭程序不应对其污名化；儿童各不相同，司法应与个体需求和要求相称；考虑儿童之所需，对其适用非刑罚惩处已然充足。② 因少年法院乃系少年司法核心，上述原则亦可视为少年司法运作原则。刘南英认为，少年保护应符合慈爱、协力、保密及谦虚等原则。③ 我国《未成年人保护法》第5条规定了未成年人保护的基本原则，即尊重未成年人的人格尊严、适应未成年人身心发展的规律与特点及教育与保护相结合。《预防未成年人犯罪法》规定了预防未成年人犯罪的基本原则，即教育与保护原则、及时防治原则、综合治理原则及科学性原则。

本书作者认为，少年司法应当符合这样几个基本原则，即“儿童最佳利益”及儿童福利原则、儿童优先原则、工作人员专业化原则、非正式处理原则及国际合作原则。当然，在少年案件调查、检控、审判、矫正及社会回归方面，少年司法还有其他更细致的一些原则，这将在后面的章节里分述之。

首先，尊重未成年人，少年司法建构与运作应以“儿童最佳利益”及儿童福利原则为依归。《北京宣言》第24条要求，促进和保护所有儿童的最

---

① 如《儿童权利公约》第37条明文规定下述原则：首先，任何儿童不受酷刑或其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。对未满十八周岁的人所犯罪行不得判以死刑或无释放可能的无期徒刑；其次，不得非法或任意剥夺任何儿童的自由。对儿童的逮捕、拘留或监禁应符合法律规定并仅应作为最后手段，期限应为最短的适当时间；再次，所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇，其人格固有尊严应受尊重，并应考虑到他们这个年龄的人的需要的方式加以对待。特别是所有被剥夺自由的儿童应同成人隔开，除非认为反之最有利于儿童，并有权通过信件和探访同家人保持联系，但特殊情况除外；最后，所有被剥夺自由的儿童均有权迅速获得法律及其他适当援助，并有权向法院或其他独立公正的主管当局就其被剥夺自由一事之合法性提出异议，并有权迅速就任何此类行动得到裁定。

② Wallace, Harvey. (1998). Victimology: Legal, Psychological and Social Perspectives. Needham Heights, MA: Allyn & Bacon. p. 42.

③ 刘南英：《泛论现代少年保护之理论基础》，载(中国台湾)http://www.ocit.edu.tw/~nyliu/literature/literature018.doc，2007年2月16日，第6—7页。

大利益，重点放在儿童成长中的关键阶段，使干预对儿童具有最大和最长久的影响。为达到这个目标，宣言敦促各缔约国“通过最佳的早期儿童护理和发展、普遍的出生登记和获得国籍，拥有良好的人生开端”、“获得优质的基础教育”、“具有充分发展个人能力、参与并为社会做贡献的机会，特别在青春期”。《北京规则》第10.3条要求，“应设法安排执法机构与少年犯的接触，以便在充分考虑到案件发生情况的条件下，尊重少年的法律地位，促进少年的福利，避免对其造成伤害”。虽然并没有明文规定“儿童最佳利益”，但字里行间无不透露出对未成年人的关爱。而且《北京规则》在随后的“说明”中特别强调“避免伤害”应首先广义地解释为尽可能不伤害到少年，不造成其他任何或无故的伤害，并指出同情和宽厚坚定的态度极为重要。以通俗的语言表述“儿童最佳利益”及儿童福利原则，即一切为了儿童、为了儿童的一切、为了一切儿童。

其次，充分考虑未成年身心发育特征，坚持儿童优先原则。所谓“儿童优先原则”，系指未成年人保护与少年司法工作的出发点与归结点都应以未成年人利益最大化为基础，采取一系列措施切实保障未成年人合法利益不受侵犯的基本性原则。《北京规则》第24.1条规定，“应作出努力在诉讼的各个阶段为少年提供诸如住宿、教育或职业培训、就业或其他任何有帮助的实际援助，以便有利推动改造的过程”。再如《联合国保护被剥夺自由少年规则》(*United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*)第31条确认，“被剥夺自由的少年有权享有可满足一切健康和尊严要求的设施和服务”。

下述案例颇能说明儿童优先原则之重要性。

【案例十三】

1994年12月8日，新疆克拉玛依市教委和新疆石油管理局教育培训中心在克拉玛依市友谊馆举办迎接新疆维吾尔自治区“两基”(基本普及九年义务教育、基本扫除青壮年文盲)评估验收团专场文艺演出活动。下午6时10分，当舞台纱幕被光柱灯烤燃，火势迅速蔓延至剧厅时，教委官员出来叫学生：“大家都坐下，不要动！让领导先走！”由于错过最佳逃生时间，这场本可避

> 免的火灾最后酿成325人死亡的惨剧,死者中288人是豆蔻年华的中小学生。[①] 整个事件为人诟病的就是这句“不要动!让领导先走!”这里“祖国花朵”、“国家未来”、“师道尊严”等概念在某些官员脑海里荡然无存。可能是鉴于本案的残酷性,《未成年人保护法》第40条规定,“学校、幼儿园、托儿所和公共场所发生突发事件时,应当优先救护未成年人”。

再次,少年司法从业人员专业化建设对于建立、稳定、巩固和提高少年司法应对未成年人犯罪与偏差的效率至关重要。《北京规则》第22.2条约定,对于少年司法从业人员都要求“具有最低限度的法律、社会学、心理学、犯罪学和行为科学的知识,这是同组织专业化和主管当局的独立性同等重要的”。规则还特别说明,专业资格是确保公正有效地执行少年司法的一个重要因素。因此,有必要改进人员的聘用、晋升和专业培训工作,并为其提供必要的手段,以便他们能有效地履行其职能。在遴选、任命、提升少年司法人员时,应避免政治、社会、性别、种族、宗教、文化或其他任何种类的歧视,以便在少年司法工作中保持公正。

第四,程序上应遵循非正式、不公开及前科消灭的原则。依据德国少年法,未成年人犯罪记录,包括处刑记录、教育措施与拘束措施的告知与执行记录及分流处分记录等不良污点,都可能影响问题少年的发展。有鉴于此,德国《少年法院法》专章规定前科消灭制度。具体说来,在少年案件执行完毕或免除其执行两年后,少年法院的法官可依申请或职权消除涉案少年的犯罪记录。[②] 在加拿大,警方与少年司法法院可保管有罪判决资料,以供法官与学校校长等特定人群查询之需。不过这些资料在一定时限后仍将被销毁。我国《人民法院第三个五年改革纲要(2009—2013)》第12条明确指出,“配合有关部门有条件地建立未成年人轻罪犯罪记录消灭制度,明确其条件、期限、程序和法律后果”。

最后,坚持与深化国际合作原则。《儿童生存、保护和发展世界宣言》

① 王吉陆:《网祭克拉玛依大火12周年》,载《南方都市报》2006年12月7日。
② 沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版,第75页。

第17条约定,为实现未成年人保护事业,“需要所有国家通过国家行动和国际合作,进行持久协调的努力”。但是任何形式的国际合作都不能违背“儿童最佳利益”。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第17条提醒,“国际合作决不能使未成年人陷入比其在犯罪发生地国所可能受到的处置更为不利的境地”。除了联合国儿童基金会等国际组织参与我国未成年人保护外,美国福特基金会(Ford Foundation)、英国救助儿童会(Save the Children)等非政府组织亦以各种方式参与少年司法及儿童福利活动之中。

二、未成年人权利概说

(一)未成年人的普通权利与专有权利

本书作者主张,未成年人的权利应至少分为两类,即未成年人的普通权利及未成年人的专有权利。所谓未成年人的普通权利,系指未成年人与成年人共享的普通权利,该类权利既可为成年人所享有,也可由未成年人享有。换句话说,少年并不会因为其“未成年”特征而过多享有权利,也不会因此而被剥夺应有权利。

《儿童权利公约》在提出一系列具有约束力的最低标准的同时,还要求根据不断变化的普遍价值原则和做法,不断调整、加强和改进对未成年人的权利保护。《儿童权利公约》包含了一整套普遍商定的准则和义务,在追求一个公正、彼此尊重及和平的社会的过程中,将儿童放在中心位置。《儿童权利公约》通过确立保健、教育及法律、公民和社会等方面的服务标准来保护儿童的上述权利。这些标准是评价进步情况的尺度。我国《未成年人保护法》第3条规定,“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利,国家依据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护,保障未成年人的合法权益不受侵犯”、“未成年人享有受教育权,国家、社会、学校和家庭尊重和保障未成年人的受教育权”、“未成年人不分性别、民族、种族、家庭财产状况、宗教信仰等,依法平等地享有权利。”这些权利大体上可视为普通权利在未成年人身上的具体化。

至于未成年人的专有权利,则与未成年人的普通权利相对应,系指因少

年"未成年"特征而享有与成人不同的权利。未成年人的专有权利通常是考虑到未成年人身心尚未发育完全而给予的特殊权利。这些权利涵盖有获得照料、关怀、训练和指导,为其健康成长提供帮助和教育以及在其父母或监护人不能提供其所应享有的保护时,为实现其最佳利益,赋予扶持、抚养、受教育和司法救济等权利。但是需要说明的是,这种分类固然有其必要性,但二者之间的区别并非一成不变。成人在特定情形下可获得某些少年所独享的权利,而专属成人的权利也可能为少年所享有。《儿童权利公约》确立了世界各地所有儿童时时刻刻应享有的基本人权:生存权;全面发展的权利;免遭有害影响、虐待和剥削的受保护权;全面参与家庭生活、文化生活和社会生活的权利。

(二)少年司法中的未成年人权利

1. 未成年人权利概述

按照未成年人权利系属少年福利系统还是狭义上的少年司法系统,本书作者认为未成年人权利可分为儿童福利中的未成年人权利与少年司法中的未成年人权利两种,这里仅就后者作简单探讨。《儿童权利公约》因时代所限对未成年人保护,特别是司法保护方面仍相当不足,这一点也可由其后联合国先后制定的《北京规则》、《利雅得准则》与《联合国保护被剥夺自由少年规则》等佐证。

《北京规则》专章列举未成年人在诉讼各个阶段应当享有的基本权利,如无罪推定、指控罪状通知本人沉默权、聘请律师、要求父亲或母亲或监护人在场、与证人对质及上诉等权利。规则还对未成年人的隐私权保护表示特殊关注,要求避免因不适当宣传或加以点名而对其造成伤害及原则上不应公布可能会导致使人认出某一少年犯的资料。《儿童权利公约》第 40 条第 2 款又约定,所有被指称或指控触犯刑法的儿童至少应得到下列保证,"依法判定有罪之前应视为无罪;迅速直接地被告知其被控罪名,适当时应通过其父母或法定监护人告知,并获得准备和提出辩护所需的法律或其他适当协助;要求独立公正的主管当局或司法机构在其得到法律或其他适当协助的情况下,通过依法公正审理迅速作出判决,并且须有其父母或法定监护人在场,除非认为这样做不符合儿童的最大利益,特别要考虑到其年龄或

状况;不得逼供信,当事人应检查或由其代言人盘问于本人不利的人,在不平等条件下受其委托向证人取证;若被判定触犯刑法,有权要求高一级独立公正的主管当局或司法机构依法复查此判决及由此对之采取的任何措施;若儿童不懂或不会说所用语言,有权免费得到口译人员的协助;其隐私在诉讼的所有阶段均得到充分尊重"。

在美国,依据戈尔特案,问题少年在拘留之后可拥有多项宪法性权利,包括充分告知(adequate notice)、律师协助(assistance of counsel)、禁止自证其罪(privilege against self-incrimination)及与证人对质与交叉询问(privilege of confronting and cross-examining the witnesses)等权利。① 若少年被指控触犯某种通常由成人实施的犯罪行为时,正当程序要求"超越合理怀疑"这一较高证明标准。② 传闻证据(hearsay)亦不得作为呈堂证供,未成年人有权对质和质询证人,并可获充足、及时与书面控诉告知及充裕时间反应等正当程序保护。此外,未成年人享有自行辩护权及拒绝作证权。为确保认罪处于完全自愿而非刑讯逼供或诱供,米兰达规则(Miranda warnings)将被严格予以贯彻。

2. 获得律师帮助权

获得律师帮助、及时审判及公开审判的权利对于保证"儿童最佳利益"原则意义重大。《北京规则》第 15 条规定,在整个诉讼程序中,少年应有权由 1 名法律顾问代表,或在提供义务法律援助的国家申请这种法律援助。父母或监护人应有权参加诉讼,主管当局可以要求他们为了少年的利益参加诉讼。但若有理由认为,为了保护少年的利益必须排除他们参加诉讼,则主管当局可以拒绝他们参加。

在"鲍威尔诉阿拉巴马州"(*Powell v. Alabama*)一案中,美国联邦最高法院判决获得律师帮助以便咨询法律问题乃是自由的基本保障,但留给各州来决定。③ 大法官乔治·苏哲兰(George Sutherland,1862—1942)有这样一段精彩论述,"即使那些聪明的和受过教育的外行也对法律科学知之甚

---

① In re Gault, 387 U.S. 1(1967).

② In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

③ Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

少,甚至一窍不通。若没有辩护律师帮助,他可能在不恰当的指控下被送上审判席,并且依据与此案无关的或者其他不被承认的对他不利的不足证据而获罪。没有辩护律师,即使他可能无罪,也面临定罪的危险,因为他不知道如何证实自己的清白"。① 对于大多身处弱势群体的未成年人来说,无论是少年刑事司法还是少年行政司法或少年民事司法,获得有效律师协助对于维护其合法权益至关重要。

3. 隐私权保护与污点不公开

未成年人隐私权的适当保护对于切实保障其合法权益、避免过早"标签"意义非常。刑事(成人)法院的记录都是法庭档案,研究人员和普通公众一般可自行前往调阅。而少年法院则希望有关庭审记录不会给未成年人以后的学习与生活带来不必要的负面影响,因而当且仅当法官同意,获得法庭档案的期许才可能成为现实。若案情过于严重,许多少年法院有时也会应媒体要求而将部分档案公布于众,但所涉内容仍然有限。

长期以来,公众的知情权常被认为是自由、民主的集中表现。以美国为例,1791 年开国元勋们在制定《权利法案》时将"新闻言论自由"列为第一修正案,成为最重要的一项民权。该修正案规定,"国会不得制定关于下列事项的法律:确立国教或禁止信教自由;剥夺言论自由或出版自由;或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利"。随着新闻媒体的普及,普通公众知情权往往是通过媒体报道而完成的,而后者也常常以"新闻斗士"自居。在 1974 年的一次演讲中,联邦最高法院大法官波特·斯图尔特(Potter Stewart,1915—1985)指出,第一修正案基本宗旨在于"创造一个独立于政府之外的第四个机构,从而对三个政府部门(行政、立法和司法)进行额外的检查"。②

不过媒体对问题少年尤其是出庭受审少年报道的尺度如何把握几何,是长期困扰新闻界与司法界的难题之一。20 世纪 70 年代,美国联邦最高

① 转引自[美]罗纳尔多·V. 戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉大学出版社 2006 年版,第 511 页。

② 转引自[美]James Goodale:《新闻界与宪法第一条修正案与新闻出版自由》,载美国驻华大使馆网站,http://chinese.usembassy-china.org.cn/jl020301_amend.html,2007 年 2 月 3 日。

法院通过“俄克拉荷马出版公司诉地区法院与俄克拉荷马市案”(*Oklahoma Publishing Co. v. District Court in and for Oklahoma City*)与“史密斯诉每日信报出版公司案”(*Smith v. Daily Mail Publishing Co.*)两个判例奠定了未成年人保密与媒体的关系。在前一判例中，最高法院判定，只要媒体从法院以外获得问题少年的姓名与照片，法院不得禁止媒体将其公布于众，否则违反联邦宪法第一修正案。① 而在后一案例中，若媒体通过合法手段获取问题少年姓名而将其公布，州法律不得对此禁止，否则违宪。② 在“戴维斯诉阿拉斯加州案”(*Davis v. Alaska*)中，联邦最高法院认为尽管存在州保密法(confidentiality law)，但在庭审交叉询问阶段未成年证人之缓刑身份可予公开。③

从1992年起，美国不少州修订原有法律，开始允许公布问题少年姓名，不过仍仅限于犯有严重犯罪与暴力犯罪的问题少年。目前已有42个和46个州分别允许在一定条件下公布出庭少年的姓名与照片。例如，对那些已两次被裁定为重罪及非法携带武器的问题少年，密西西比州允许媒体对其姓名与住所予以曝光。④

英国《1933年儿童和青少年法》和《1999年青少年审判和犯罪证据法》(*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*)都规定，在法庭审理案件和调查的过程中，犯罪过程中出现的任何十八岁以下的青少年都不应该被公开报道，包括不能透露其姓名、地址、学校和教育机构、工作环境及照片和视频等任何足以证明他身份的资料，以免公众以为他就是犯罪嫌疑人。《北京规则》第8.1条规定，“应在各个阶段尊重少年犯享有隐私的权利，以避免由于不适当的宣传或加以点名而对其造成伤害”。第8.2条又规定，“原则上不应公布可能会导致使人认出某一少年犯的资料”。在此基础上，《北京规则》第21.1条规定“对少年罪犯的档案应严格保密，不得让第三方利用。

---

① Oklahoma Publishing Co. v. District Court in and for Oklahoma City, 430 U.S. 308 (1977).

② Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979).

③ Davis v. Alaska, 415 U.S. 308 (1974).

④ Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 107.

应仅限于与处理手头上的案件直接有关的人员或其他经正式授权的人员才可以接触这些档案”。第21.2条又规定,“少年罪犯的档案不得在其后的成人诉讼案中加以引用”。

【案例十四】

2003年1月18日,加拿大一对年龄分别为十五、十六岁的姐妹不满母亲嗜酒,诱骗其饮入掺有可卡因的伏特加。然后姐姐戴上手套将其母头部按入浴缸长达4分钟直至死亡。在确认母亲死亡后,姐妹二人与朋友在附近的餐馆大肆庆祝。东窗事发后,姐妹二人均被判处10年有期徒刑:6年监禁与4年社区条件监管。[①] 而依加拿大《青少年刑事司法法》,两人隐私权受到严格保护,其身份不能被公开。

我国《未成年人保护法》第39条规定,“任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私”;第58条又规定,“对未成年人犯罪案件,新闻报道、影视节目、公开出版物、网络等不得披露该未成年人的姓名、住所、照片、图像及可能推断出该未成年人的资料”。《预防未成年人犯罪法》第45条规定,“对未成年人犯罪案件,新闻报道、影视节目、公开出版物不得披露该未成年人的姓名、住所、照片及可能推断出该未成年人的资料”。[②]《未成年犯管教所管理规定》第24条规定,“对未成年犯的档案材料应当严格管理,不得公开和传播,不得向与管理教育或办案无关的人员泄露”、“对未成年犯的采访、报道,须经省、自治区、直辖市监狱管理局批准,且不得披露其姓名、住所、照片及可能推断出该未成年犯的资料”。《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第4条明文规定,“人民检察院办理未成年人刑事案件,应

① 彭琳:《残酷浴缸弑母,大多区两姐妹刑期未满欲出狱》,载温哥华信息港,http://www.cnvancouver.com/index_readnews_ads.asp? id=228881,2008年4月22日。

② 比较《未成年人保护法》第58条与《预防未成年人犯罪法》第45条,相应条款都针对未成年人犯罪案件的隐私权保护,但2006年重新修订的《未成年人保护法》较1999年制定的《预防未成年人犯罪法》,后者在新闻报道、影视节目、公开出版物基础之上,与时俱进,增加了网络隐私保护。

当依法保护涉案未成年人的名誉,尊重其人格尊严,不得公开或者传播涉案未成年人的姓名、住所、照片、图像及可能推断出该未成年人的资料”。《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第5条规定,办理未成年人违法犯罪案件,应当保护未成年人的名誉,不得公开披露涉案未成年人的姓名、住所和影像。[①] 在我国香港地区,如法院认为确有需要,可拒绝记者旁听庭审。同时,法律要求任何有关少年法庭及有关上诉案件的报道,均不得提及涉案未成年人(不论是被告人或证人)的姓名、地址或就读学校,亦不得透露任何足以导致他们身份被识别的资料,不得发表任何有关他们的图片。

问题少年隐私权的保护并非绝对。[②]《联合国保护被剥夺自由少年规则》规定,有两类人可查阅有关法律记录、医疗记录和纪律程序记录及与待遇的形式、内容和细节有关的所有其他文件,包括少年本人及“适当的第三者”。规则并未直接规定“适当的第三者”的范围,不过其第22条有关“应毫不迟延地向有关少年的家长和监护人或关系最近的亲属提供上述入所、安置、转所和释放的资料”规定可初步认定系指“家长和监护人或关系最近的亲属”。为了防止这项权利被滥用,《联合国保护被剥夺自由少年规则》特别规定:“在可能情况下,每个少年均应有权对本人档案中所载任何事实或意见提出异议,以便纠正那些不确切、无根据或不公正的陈述。为了行使这一权利,应订立程序,允许根据请求由适当的第三者查阅这种档案。释放时,少年的记录应封存,并在适当时候加以销毁。”

---

① 山东省东营市河口区法院制定的《河口区人民法院〈关于建立依法办理未成年人犯罪案件互相配套工作体系〉实施意见》第23条规定,“未成年人刑事案件,未经少年刑事审判庭同意,不得通过新闻媒介披露。即便法制宣传需要,也不得出现少年犯的姓名年龄、住所、相貌等足以推测少年犯身份的内容”,进一步将相貌、年龄及住所包括在内。

② 在构建未来少年司法体系中,专司未成年人犯罪与偏差的少年法院(其还处理未成年人民事及行政案件)在案件审理过程中应当遵循不公开原则,对涉案未成年人隐私应当尽可能予以保护。但对于极个别因主观恶性极大、犯罪手段极其残忍、社会危害性极大、没有明显悔改表现或者符合一定条件的未成年累犯,可借鉴美国等国司法实践,遵照一定听证程序将其移送至普通刑事(成人)法院,依据成人刑法及刑事诉讼法进行审理。对于后者,在案件审理过程中可选择适当公开,且涉案未成年人隐私较少年法院的涉案少年保护力度为小,应充分考虑社会公众特别是被害人要求特定案件公开审理及未成年人隐私公开的要求,妥善处理。

三、未成年人权利之国际法保护

（一）未成年人权利的国际人权法保护

从1924年起，国际社会先后通过《日内瓦儿童权利宣言》、《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《儿童权利宣言》、《儿童权利公约》及相关议定书、《儿童生存、保护和发展世界宣言》、《东亚及太平洋地区2001—2010年为儿童的承诺》等国际性与地区性条约，为未成年人保护的国际化奠定了初步基础。

对未成年人的保护上升为国际法层面，不但缔约国与签署国需严格遵照执行并制定、修改相应国内法，而且随着"地球村"资讯业的发达，所有成员国都有权利与义务对其中一分子违反、漠视和践踏未成年人权益保护的不法行为予以监督、谴责与制裁，从而推动整个未成年人保护的全球化。当然，国际法的规定尚不过为基本原则，某些国家与地区可因地制宜，在此基础上有所突破，进一步增加未成年人保护的范围与深度。但对那些连这些基本原则的实现还尚需时日的国家来说，签署有关国际公约可将其直接推到国际社会面前接受监督。

1.《日内瓦儿童权利宣言》

1923年，"救助儿童会"（Save the Children）创始人英格兰特尼·杰布女士（Eglantyne Jebb，1845—1925）起草了《儿童权利宣言》（*Declaration of the Rights of the Child*）。1924年9月26日，该草案为国际联盟（League of Nations）第五届大会通过，通称为《日内瓦儿童权利宣言》。该宣言规定"所有国家的男女都应承认人类负有提供儿童最好东西的义务"。[①]

---

① 《日内瓦儿童权利宣言》同时规定，"不分种族、国籍或信仰的差别，让所有儿童在下列各种事项中，都能获得保障，并承认这些事项为自己的义务：必须提供儿童正常发展所需之物质上与精神上的各种需要；必须提供食物给饥饿的儿童，并提供生病的儿童必要的治疗；身心发展迟缓的儿童，要获得适当的援助；对不良行为的儿童要给予改过自新的机会；孤儿和流浪儿亦应获得居住的场所，并得到适当的援助；遇到危难时儿童应优先获得救济；儿童有独立维持生计的地位，因此要避免受到任何形式的压榨；儿童必须获得适当的培育，使其能够对全体人类有所贡献。"

2.《联合国宪章》、《世界人权宣言》及相关条约

在饱受纳粹与军国主义蹂躏与践踏后,1945 年 6 月各国代表汇聚美国旧金山召开“联合国国际组织会议”。会后签署了《联合国宪章》(*Charter of the United Nations*),宪章于 1945 年 10 月 24 日生效。序言中,宪章重申基本人权,人格尊严与价值,及男女与大小各国平等权利信念,并在第 55 条第寅款特别约定“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守,不分种族、性别、语言或宗教”。显然,未成年人的权益保障应属“全体人类之人权”应保护之列。

1948 年 12 月 10 日,第三届联合国大会通过第 217A(Ⅲ)号决议并颁布《世界人权宣言》(*Universal Declaration of Human Rights*,简称 UDHR),列举出三十项基本人权,旨在维护人类基本权利,这些基本人权成为儿童人权的基础。《世界人权宣言》明文规定了对未成年人的特殊保护,其第 25 条第 2 款规定,“母亲和儿童有权享受特别照顾和协助”、“一切儿童,无论婚生或非婚生,都应享受同样的社会保护”。①

1966 年 12 月 26 日先后通过的《公民权利和政治权利国际公约》(*International Covenant on Civil and Political Rights*,简称 ICCPR)与《经济、社会、文化权利国际公约》(*International Covenants: Economic, Social and Cultural Rights*,简称 ICESCR)两个国际人权公约是世界人权的一大进步,并成为将来儿童权利公约前四十一条的制定依据。这两个公约也成为《世界人权宣言》一部分。《公民权利和政治权利国际公约》第 24 条第 1 款约定,“每一儿童应有权享受家庭、社会和国家为其未成年地位给予的必要保护措施,不因种族、肤色、性别、语言、宗教、国籍或社会出身、财产或出生而受任何歧视”。《经济、社会、文化权利国际公约》第 10 条第 1 款约定,“对作为社会的自然和基本的单元的家庭,特别是对于它的建立和当它负责照顾和教育未独立的儿童时,应给以尽可能广泛的保护和协助”,第 3 款又约定“应为一切儿童和少年采取特殊的保护和协助措施,不得因出身或其他条件而有任何歧视”、“儿童和少年应予保护免受经济和社会的剥削”、“雇佣他们做对他们的道德或健康

① 从 1950 年起,联合国大会将每年 12 月 10 日定为“世界人权日”。1968 年是《世界人权宣言》通过 20 周年,这一年也被联合国定为“国际人权年”。

有害或对生命有危险的工作或做足以妨害他们正常发育的工作,依法应受惩罚”与“各国亦应规定限定的年龄,凡雇用这个年龄以下的童工,应予禁止和依法应受惩罚”。1976年3月23日,两部公约正式生效。

3.《儿童权利宣言》

在《日内瓦儿童权利宣言》与《世界人权宣言》的鼓舞与感召下,1959年11月20日,联合国大会以第1386(XIV)号决议通过了《儿童权利宣言》。为与《日内瓦儿童权利宣言》相区别,《儿童权利宣言》又被称为《1959年宣言》。该宣言回顾了《日内瓦儿童权利宣言》对未成年人保护的努力,并提出十项基本原则。①

4.《儿童生存、保护和发展世界宣言》

1990年9月30日,各国首脑汇聚纽约召开“世界儿童问题首脑会

---

① 这十项原则分别是:“一是儿童应享有本宣言中所列举的一切权利。一切儿童毫无任何例外均得享有这些权利,不因其本人的或家族的种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他意见、国籍或社会成分、财产、出身或其他身份而受到差别对待或歧视。二是儿童应受到特别保护,并应通过法律和其他方法而获得各种机会与便利,使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下,得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制订法律时,应以儿童的最大利益为首要考虑。三是儿童应有权自其出生之日起即获得姓名和国籍。四是儿童应享受社会安全的各种利益,应有能健康地成长和发展的权利。为此,对儿童及其母亲应给予特别的照料和保护,包括产前和产后的适当照料。儿童应有权得到足够的营养、住宅、娱乐和医疗服务。五是身心或所处社会地位不正常的儿童,应根据其特殊情况的需要给予特别的治疗、教育和照料。六是儿童为了全面而协调地发展其个性,需要得到慈爱和了解,应当尽可能地在其父母的照料和负责下,无论如何要在慈爱和精神上与物质上有保障的气氛下成长。尚在幼年的儿童除非情况特殊,不应与其母亲分离。社会和公众事务当局应有责任对无家可归和难以维生的儿童给予特殊照顾。采取国家支付或其他援助的办法使家庭人口众多的儿童得以维持生活乃是恰当的。七是儿童有受教育之权,其所受之教育至少在初级阶段应是免费的和义务性的。儿童所受的教育应能增进其一般文化知识,并使其能在机会平等的基础上发展其各种才能、个人判断力和道德的与社会的责任感,而成为有用的社会一分子。儿童的最大利益应成为对儿童的教育和指导负有责任的人的指导原则;儿童的父母首先负有责任。儿童应有游戏和娱乐的充分机会,应使游戏和娱乐达到与教育相同的目的;社会和公众事务当局应尽力设法使儿童得享此种权利。八是儿童在一切情况下均应属于首先受到保护和救济之列。九是儿童应被保护不受一切形式的忽视、虐待和剥削。儿童不应成为任何形式的买卖对象。儿童在达到最低限度的适当年龄以前不应受雇用。绝对不应致使或允许儿童从事可能损害其健康或教育或者妨碍其身体、心智或品德的发展的工作。十是儿童应受到保护使其不致沾染可能养成种族、宗教和任何其他方面歧视态度的习惯。应以谅解、宽容、各国人民友好、和平及四海之内皆兄弟的精神教育儿童,并应使他们充分意识到他们的精力和才能应该奉献于为人类服务。”

议”。会后通过的《儿童生存、保护和发展世界宣言》号召“我们各国在一起，拥有手段和知识，能够保护儿童的生命和极大地减轻他们的苦难，促进充分发展他们的人的潜力，并使他们认识到自己的需要、权利和机会”。为实现上述目标，宣言就保护儿童权利和改善其生活提出十项方案。①

《儿童生存、保护和发展世界宣言》最后敦请各缔约国，“我们作此努力不仅是为了现在这一世代，也是为了今后所有世世代代。让每个儿童享有更美好的未来，这是一项最为崇高的使命”。

5.《儿童权利公约》及相关议定书

1978年，在众多非政府组织推动下，波兰政府委托亚当·洛帕萨(Adam Lopatka，1928—)起草《儿童权利公约》的最初蓝本。次年，联合

① 这十项方案是：“一是努力推动尽早批准和执行《儿童权利公约》。应该在全世界推行各种方案，以鼓励传播关于儿童权利的资料，同时顾及到不同国家不同的文化和社会价值。二是努力推动扎实的全国性和国际性行动，以增进儿童健康、提高产前保健，并降低所有国家、所有民族的婴儿和儿童死亡率。促进所有社区为其全体儿童提供干净用水，并使所有人享有卫生条件。三是努力通过消除饥饿、营养不良和饥荒的措施，使儿童获得最大程度的成长和发展，从而使千百万儿童在一个能够使其所有公民吃饱的世界上免受悲惨的苦难。四是努力加强妇女的作用和地位。我们将促进负责任的生育数量、生育间隔、母乳喂养和母亲安全计划。五是努力做好工作，从而尊重家庭在抚养儿童方面的作用，并支持父母、其他保育人员和社区对儿童，从早期童年至青春期的养育和照料。还认识到与家庭分离的儿童的特殊需要。六是努力制订方案，内容包括：减少文盲，并为所有儿童，无论其背景和性别，提供教育机会，使儿童为生产性就业做好准备和终身学习的机会，即通过职业培训，让儿童在一个支持性的、培育性的文化和社会环境中长大成人。七是努力改善千百万生活在特殊困难环境中的儿童的命运——种族隔离和外国占领的受害者；孤儿和街头流浪儿童及移徙工人的孩子；流离失所的儿童及自然灾害和人为灾害的受害者；残疾儿童和受虐儿童；社会处境不利的儿童和受剥削的儿童。必须帮助难民儿童寻找生活中新的根。努力对工作儿童给予特殊保护，并废除非法使用童工，竭尽全力确保不使儿童成为非法毒品之灾难的受害者。八是作出慎重努力，保护儿童免遭战争之灾祸，并采取措施以防止更多的武装冲突，以便给予所有各地的儿童一个和平与安全的未来。我们将在儿童教育中宣传和平、谅解和对话的价值。即使是在战争中、在充满暴力的地区，也必须保证儿童和家庭的基本需要。并建议，为了儿童的利益，在仍然发生战争和暴力的地方规定平静期间和设立特别救济走廊。九是作出努力，采取共同措施，在所有层次保护环境，从而使所有儿童享有一个更为安全健康的未来。十是作出努力，向贫穷发起全球性进攻，这将立即促进儿童的福利。发展中国家，特别是最不发达国家的儿童易受伤害，他们有特殊的需要，对此，应给予优先地位。但是，需要所有国家，通过国家行动和国际合作，来促进增长和发展的需要。这就需要向发展中国家转移适当的额外资源，及改善贸易条件，进一步贸易自由化和减免债务措施。这还意味着促进世界经济增长的结构调整，特别是在发展中国家，同时保证人口中最脆弱的部分，特别是儿童的福利。”

国人权委员会(United Nations Commission on Human Rights)组建起草工作组,对波兰版本进行扩充与修正。这项工作一直持续了十年之久,直至1989年11月20日第44届联合国大会一致通过。1990年9月2日,《儿童权利公约》生效。《儿童权利公约》(*Convention on the Rights of the Child*,简称CRC)旨在建立保护儿童的国际标准,保障儿童在经济、政治、文化和社会中的权利,以防止儿童被忽视、受剥削和虐待。该公约计54项条款,分为"生存权"、"受保护权"、"发展权"与"参与权"等类别。公约的基本原则是:公约确立的权利一致适用于所有的儿童,不受种族、肤色、性别、语言、宗教信仰、政治主张等影响;"儿童最佳利益"包括儿童的健康、幸福和尊严,是决策者考虑一切问题的重要出发点。

2000年5月25日,联合国大会通过了《儿童权利公约》的两个议定书:《关于贩卖儿童、儿童卖淫和儿童色情的儿童权利公约任择议定书》(*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*)和《关于儿童卷入武装冲突问题的联合国儿童权利公约任择议定书》(简称《禁止使用童军议定书》)(*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts*),就保护战争冲突中儿童的权利,及打击贩卖儿童和强迫儿童卖淫等问题作了具体规定。关于儿童卷入武装冲突问题的议定书的主要内容包括:为防止武装冲突对儿童的伤害,各国应确保未满十八岁的人不被强制征募加入其武装部队,确保其不直接参加敌对行动。

我国积极参与了公约的起草工作,并于1990年8月29日签署,1991年12月29日批准该公约。同时声明,将在符合宪法第25条关于计划生育的规定的前提下,据我国《未成年人保护法》第2条的规定,履行公约第6条所规定的义务。该公约1992年4月2日对我国生效。此后,我国于2000年9月6日与2001年3月15日先后签署了《关于贩卖儿童、儿童卖淫和儿童色情的儿童权利公约任择议定书》与《禁止使用童军议定书》。

6. 其他国际条约

1986年12月3日,联合国大会以41/85决议形式通过《关于儿童保护和福利,特别是国内和国际范围内的安置和收养问题社会及法律原则宣

言》(*Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally*)。1997年7月21日,联合国经济及社会理事会通过的《刑事司法系统中儿童问题行动指南》(*Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System*)第14条特别规定,"应有以儿童为核心的全面的少年司法程序"。换言之,少年司法所涉及的方方面面,均以保护与实现"儿童最佳利益"为导向。2000年4月18日至20日,在维也纳召开"预防犯罪和刑事司法委员会第九届会议"。会后通过的《少年司法改革——秘书长的报告》第39条明确指出,"开展国际合作促进少年司法改革已成为联合国系统的一个优先事项"。

非洲统一组织(Organization of African Unity,简称OAU)于1981年6月28日通过了《非洲人权和民族权宪章》(*African Charter on Human and Peoples' Rights*),同时规定了公民的政治权利及经济、社会和文化权利。这是发展中国家通过的第一个具有法律约束力的区域性国际人权文书。1990年,非洲统一组织亦通过了《儿童权利及福利非洲宪章》(*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*)。

1990年8月5日通过的《伊斯兰世界人权宣言(开罗宣言)》(*Cairo Declaration on Human Rights in Islam*)第7条对未成年人保护,特别是亲子关系提出三项基本原则:"每个儿童从出生之时就有权得到父母、社会和国家的特殊养育、教育和物质的、卫生的及道德的照料,胎儿和母亲必须受到保护和得到特殊照料。父母和具有这种资格的人有权选择其所希望的教育方式教育他们孩子,条件是,他应按照道德标准和伊斯兰教法的原则考虑儿童的利益和未来。依据伊斯兰教法的原则,父母有资格因他们的孩子而享有某些权利,亲属有资格因他们的家族而享有权利。"

保护儿童的国际公约还包括《关于在跨国收养方面保护儿童和进行合作的海牙公约》、《儿童拐骗事件的民事问题海牙公约》、《有关父母责任和保护儿童的措施方面的管辖权、适用法、承认、实施与合作的海牙公约》及国际劳工组织《关于禁止和立即采取行动消除最恶劣童工形式的第182号公约》等国际公约。

（二）未成年人保护的国际性组织

鉴于未成年人对各国乃至人类社会发展的长远影响，国际社会在未成年人保护上不仅仅局限于人权法的层面，而是积极努力起来，通过建立规模不等、形式多样的国际性或区域性组织切实开展对未成年人的保护事业。在为数众多的未成年人保护机构中，英国救助儿童会历史最为悠久、联合国儿童基金会覆盖面最为广泛、美国兄弟姊妹会服务层面最为细致，均为各自服务领域的楷模，多年来为提高各国未成年人保护的水平不懈努力，作出了突出贡献。以下就这三个各具代表性的未成年人保护组织的历史演变、服务宗旨、活动范围等情况简述之。

1. 英国救助儿童会

英国救助儿童会是一个为实现儿童权利而奋斗的国际慈善机构，以直接干预、培训、调研和倡导宣传等方式帮助处于边缘的儿童和青少年。关注对象为弱势儿童，如流浪儿童、残疾儿童、被拐儿童、少数民族儿童、违法儿童及流动儿童等。[①]

1919 年 5 月，杰布与其姐妹多萝西·巴克斯顿（Dorothy Buxton，1881—1963）于英国伦敦创办救助儿童会（Save the Children），以救援战后的欧洲儿童。以“未满十一岁的人都不是我的敌人”为理念，她于 1920 年发起组建“国际救助儿童联盟”（International Save the Children Union），[②]并自任第一任主席。如今，“国际救助儿童联盟”已有 28 个会员国，工作地点分散于一百多个国家。

多年来，英国救助儿童会一直关注中国儿童的发展，并提供了力所能及的帮助。早在 1920 年，英国救助儿童会就向中国捐赠了第一笔款项约 250 英镑以用于饥荒救济。20 世纪 30 年代又向水灾灾民和日本侵华战争的被害人提供了物质援助。从 80 年代末开始，英国救助儿童会在云南、安徽及西藏开展了社区发展、教育等项目。1995 年，其中国项目办公室从香港迁至云南昆明。随后成立合肥办事处、西藏办公室与乌鲁木齐办事处。为了

---

① 参阅救助儿童会中文网站，http://www.savethechildren.org.cn。

② 1997 年，“国际救助儿童联盟”改组为“拯救儿童国际联盟”（Save the Children International Alliance，简称 SC）。

加强倡导、联络及与我国政府的合作,1999年英国救助儿童会在北京设立了代表处,作为总部指导其在中国各地办事处的工作。近年来,英国救助儿童会与我国的合作内容主要集中在少年司法改革、孤残儿童养育、流浪儿童救助保护、受艾滋病影响儿童救助保护等领域,并取得一定成绩。在少年司法领域,救助儿童会与云南省昆明市盘龙区自2002年6月起合作开展了“以社区为基础的多部门合作盘龙区未成年人司法分流试点项目”,逐步形成了“盘龙模式”。

2. 联合国儿童基金会

为应对二战带来的创伤特别是修复儿童的伤害,联合国大会于1946年12月11日成立了“联合国国际儿童紧急救济基金会”(United Nations International Children's Emergency Fund)。1953年,该基金会更名为“联合国儿童基金会”(United Nations Children's Fund),并成为联合国系统的永久机构,旨在对发展中国家贫困儿童的保健、福利与教育进行帮助。该基金会实践保障儿童的生存、保护和发展并促进“儿童第一”的原则——任何时间都让他们在资源配置中得到高度的优先性;促进各地儿童,特别是发展中国家处于最大危难中的儿童在成长期的健康快乐;促进实现儿童权利公约阐述的儿童基本权利的目标。作为世界上主要的儿童权利倡导机构,目前联合国儿童基金会在191个法域设有办事机构和国家委员会。

1947—1949年,联合国儿童基金会前身“联合国国际儿童紧急救济基金会”在我国主要参与救济和接生员培训活动。1979年为国际儿童年,联合国儿童基金会开始与我国重新合作。1981年,我国政府与儿童基金会签署了《合作基本框架》。迄今为止,双方共开展了六个周期的合作。儿童基金会共向我国提供了3亿美元无偿援助,建立了150多个项目,涉及计划免疫、妇幼保健、儿童发展、基础教育、残疾儿童康复,农村安全饮用水、贫困地区妇女儿童综合发展等领域。[①] 联合国儿童基金会在我国的各项活动得到了高度重视与配合,取得了一系列突出成绩。

从2006年起,我国开始与联合国儿童基金会开展新一个周期(2006—2010)的合作。依据方案,儿童基金会在这五年内向我国提供了1.01亿美

---

① 陈青:《为增进中国儿童福利不懈努力》,载《人民政协报》2007年6月26日。

元的无偿援助。2007年1月15日,联合国儿童基金会启动中文网站,内容涵盖预防艾滋病、女童教育、预防禽流感、儿童保护和其他相关信息。

3. 兄弟姊妹会

曾身为法庭书记员的欧内斯特·库尔特(Ernest Coulter,1871—1952)有感于问题少年不时出入法庭需要成人帮助,遂于1904年创立兄弟姊妹会(Big Brothers Big Sisters,简称BBBS)。兄弟姊妹会是美国历史最悠久、规模最庞大的青少年专门辅导组织,已走过一百多个年头了。它通过专业的"一对一辅导"(one-to-one mentoring)对儿童加以适当的影响,从而帮助其发挥自己的潜能。被称为"大哥哥大姐姐"的义工,大多是素不相识的成年人,必须通过专业培训和无犯罪记录调查之后才能上岗服务。有的为了教导早孕及吸毒少年,义工还需接受特殊专业训练。①

1992年与1993年所进行的研究表明,在经过一对一辅导及其他帮助后,受助少年对其课业表现更具信心,能更好地与家人相聚;46%受助少年因此可能减少非法药物使用,27%受助少年减少酗酒,52%受助少年倾向于远离逃学。② 迄今为止,兄弟姊妹会辅导五至十八岁儿童超过275,000人,服务遍及全美50个州的5,000余个社区。③ 鉴于兄弟姊妹会在美国未成年人保护事业的不凡业绩,许多国家包括加拿大、澳大利亚等国亦先后建立该项组织的分支机构,以促进该国未成年人保护事业。

第三节 儿童福利政策与少年司法运作模式

大道之行也,天下为公,选贤与能,讲信修睦。故人不独亲其

---

① 钱强:《美兄弟姐妹会教孩子上进》,载《环球时报》2005年10月24日。

② Tierney, Joseph, Jean Baldwin Grossman and Nancy Resch. (2005). Making a Difference: An Impact Study of Big Brothers Big Sisters. Philadelphia, PA: Public/Private Ventures. p. iii.

③ Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2003). OJJDP News at a Glance. Washington, DC: *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, U. S. *Department of* Justice. p. 1.

亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者，皆有所养。①

——《礼记》

关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。

——《儿童权利公约》

一、儿童福利与少年司法概说

（一）儿童福利概述

《礼记》向我们生动描述了“老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者，皆有所养”的“大道之行”，这其中蕴涵了现代社会福利的初步理念，以“幼有所长”为特色的儿童福利更是其中重中之重。

诺贝尔经济学奖获得者詹姆斯·赫克曼（James Heckman，1941—　）一针见血地指出，良好的福利制度应是既能有效地刺激生产力发展，又能给居民一定的保障和安全感。② 虽然其论述出发点为经济学视角，目的在于推动社会经济可持续增长，但对社会保障的精辟阐述尤其是强调安全感这一论断对于准确理解儿童福利之重要性不言而喻。马克思主义理论没有关于国家福利方面的专门论述，但不能否认马克思经济学说中存在社会福利观成分。③ 社会学家雷洁琼曾强调，“儿童的福利得保护否，影响国家前途甚大，所以儿童的教养从前是个人的或家庭的任务，现代儿童的教养却是社会和国家的责任”。④

儿童福利又称少年福利或未成年人福利，既可以理解为社会理念，亦可

---

① 《礼记·礼运》。

② 转引自郑晓舟：《什么样的福利制度才算好——专访诺贝尔经济学奖获得者、美国芝加哥大学教授赫克曼》，载《上海证券报》2007年1月29日。

③ 戴卫东：《马克思的社会福利观探析》，载《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2009年第1期，第20页。

④ 雷洁琼：《雷洁琼文集》，北京：开明出版社1994年版，第16页。

以理解为社会机制与社会政策。我国社会福利学者徐月宾主张,儿童福利的概念应包括广义和狭义两种。在她看来,广义的儿童福利是指“政府或社会针对全体儿童的普遍需求,为促进儿童生理、心理及社会潜能的最佳发展而提供的各种服务”,狭义的儿童福利是指“政府和社会为有特殊需要的儿童及其家庭提供的各种支持、保护和补偿性服务”。①

国际社会对儿童福利关注较多,先后成立“国际儿童福利联盟”(International Union for Child Welfare,简称 IUCW)与“国际救助儿童联盟”。总部设于瑞士日内瓦的“国际儿童福利联盟”创立于 1920 年,1946 年与“国际儿童福利促进协会”(International Association for the Promotion of Child Welfare)合并。1921 年,美国人贝沙・里昂斯(Bertha Lyons,1896—1982)创设“未成年人福利协会”(Juvenile Welfare Association),旨在向孤儿或无家可归者提供诸如音乐、舞蹈、戏剧、演讲等方面的课程学习,而不是向其提供物质上的援助。这些儿童福利组织在推动未成年人福利方面不遗余力,作出了突出贡献。

战后受欧美福利理念影响,日本力推包括少年福利在内的国民福利。特别是从 1990 年 6 月起,日本开始修订福利关系八法,包括:老人福利法;身体障碍者福利法;精神薄弱者福利法;儿童福利法;母子、寡妇福利法;社会福利事业法;老人保健法;社会福利及医疗事业团法。其中部分内容涉及儿童福利及支持儿童福利的家庭福利制度。

我国香港地区儿童福利涵盖“保护儿童服务、监护儿童服务、儿童住宿照顾服务、寄养服务、领养服务、幼儿中心服务、暂托幼儿服务、幼儿中心缴费资助计划等”。香港社会福利署“设有‘保护儿童课’和‘监护儿童事务课’,负责对有父母离婚、家庭暴力等经历的儿童进行保护和服务”。② 2003 年,我国台湾地区通过《社会福利政策纲领》,提出“支持多元家庭”及保护儿童成长与发展政策目标。除了政府参与外,台湾地区尚建有大量非政府组织志愿参与对失依少年的福利救助。以“基督教芥菜种会”为例,该会于

① 徐月宾:《儿童福利服务的概念与实践》,载《民政论坛》2001 年第 4 期,第 17 页。

② 参阅张平淡:《香港社会福利管理制度瞥探》,载《东南亚纵横》2009 年第 1 期,第 88 页。

1963年成立“少年之家”，其中下设“少年安置部”安置六至十八岁少年。服务内容包括生活照顾及辅导、就学及课业辅导、心理辅导及咨商、心灵教化课程、医疗卫生保健服务、卫教指导及两性教育、休闲活动、就业辅导、追踪辅导及亲职教育等。①

（二）我国儿童福利的发展

从新中国成立之初到改革开放初期的几十年间，我国初步建立了包括住房、医疗、入托上学在内的社会保障体系，为国民经济发展和社会稳定起到了很好的作用。《未成年人保护法》第38条规定，对犯罪与偏差的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。《预防未成年人犯罪法》第2条规定，预防未成年人犯罪，立足于教育和保护，从小抓起，对未成年人的不良行为及时进行预防和矫正。这实际上亦体现出一定程度的儿童福利模式色彩。随着国家经济实力的不断增强和“以人为本”民生本位认识的提高，近年来各级政府对社会福利与保障方面的投入逐渐增加，但儿童福利方面仍有待提升。2007年伊始，作为改革开放最前沿的深圳，以敢为天下先的特区精神，在原有社会政策基础上提出“民生净福利指标体系”。所谓“净福利”，系指经济发展所带来的全部经济福利，减去补偿伴随经济发展产生的负面效应的消耗后所剩余福利。该体系共设21项指标，涵盖从收入分配、政府公共产品和公共服务等各环节。② 可惜的是，这套体系仍对儿童福利只字未提，而这亦是未来需要进一步努力的地方。

《中国儿童发展纲要（2001—2010年）》提出，儿童保护法律的总体目标在于依法保障儿童生存权、发展权、受保护权和参与权；依法打击侵害儿童合法权益的犯罪与偏差行为；预防和控制未成年人犯罪；在诉讼中依法维护未成年人的合法权益以及建立法律援助机构，为儿童提供法律援助。这里所说的保障儿童生存权、发展权、受保护权和参与权，依法打击侵害儿童

① 基督教芥菜种会：《少年安置部》，载（中国台湾）http://www.mustard.org.tw/Default.aspx?tabid=88，2008年1月5日。

② 高铸成、李泓：《深圳市政府提出〈深圳市民生净福利指标体系〉》，载《工人日报》2007年1月29日。

合法权益的犯罪与偏差行为以及为儿童提供法律援助即涉及儿童福利。而预防和控制未成年人犯罪,在诉讼中依法维护未成年人的合法权益以及建立法律援助机构又涉及狭义上的少年司法。

(三)儿童福利与少年司法的关系

长久以来,或许出于对不断攀升的未成年人犯罪与偏差的畏惧心理,国人自然或不自然地将未成年人问题与未成年人犯罪混为一谈。即便是在学术界,对未成年人犯罪的探讨远较未成年人保护为多。而《利雅得准则》第5条指出,青少年从其幼年开始的福利应是任何预防方案所关注的重心。少年司法管辖范围相当广泛,尤其在英美法系国家,不仅涵盖偏差少年(delinquent juveniles),而且凡属"需要监督的少年"(persons in need of supervision,简称 PINS)、"需监督的孩童"(children in need of supervision,简称 CHINS)及"需要监督的未成年人"(minors in need of supervision,简称 MINS)等人群亦属其管辖对象,显示出浓郁的福利色彩。

【案例十五】

2010年8月4日,荷兰十四岁少女劳拉·德克(Laura Dekker)启航挑战最年轻环球航海世界纪录。此前,她于2009年8月曾向媒体透露这一想法,随即引起荷兰政府及儿童保护机构关注。同月,荷兰法院"以活动可能危及德克安全为由,禁止她挑战,同时指责她的父母监管不力,裁定儿童保护机构代为监管德克"。2010年7月27日,荷兰法院在确认德克为挑战作了充足准备后,允许其在得到父母同意后可开始环球航行。①

从狭义上说,少年司法是集少年民事司法、少年行政司法及少年刑事司法于一体的制度体系,侧重点在于对未成年人犯罪与偏差进行有效预防与矫正。但若认为未成年人违法与犯罪的预防与矫正便是少年司法的全部,这不免有些以偏概全。作为保护未成年人的全方位、立体交叉的法律体系

① 新华社:《荷兰14岁少女启航挑战纪录》,载《南方都市报》2010年8月22日。

与福利制度，少年司法覆盖面远非打击、预防与矫正未成年人犯罪那样简单。考察各国少年司法实例，宏观之少年司法除了上述狭义上的理解外，还包括儿童福利制度体系。本书作者认为，所谓儿童福利乃是对未成年人进行社会救助、教育与感化的制度和体系，包括教育、医疗、就业、收养与寄养及反家庭暴力等内容，特别包括对遭遇虐待、遗弃与照管不良之未成年人的救助。从这层意义上讲，少年司法机构不单单只是作为防御未成年人犯罪与偏差而出现的，更为重要的是，它是社会福利机构的重要组成部分。事实上，少年司法创设目的是为了未成年人的福利，也就是说为实现未成年人利益最大化而步入历史舞台。因而对未成年人的保护不但在少年司法创设伊始作用非常，在后来百年发展中亦长盛不衰，即便是在面对“国家亲权”及对未成年人正当程序保障质疑的今天，这项基本原则从来也没有被推翻过。

二、少年司法之运作基本模式

如前所述，少年司法通常具有双重性特点：既是一种相对于刑事司法的未成年人法律制度，又是一种社会福利制度，二者有机结合共同构成现代意义上的未成年人司法制度。各国少年司法莫不介于福利制度与司法制度之间，重点不一，并随变化了的社会形势与现实在福利制度与司法制度间摇摆不定。康树华将各国少年司法模式分为司法模式、福利模式、社区参与模式与社会司法模式。其中司法模式又被称为蓝色模式，适用于实行少年法院的国家；福利模式被称为红色模式，适用于实行福利委员会的国家；社区参与模式又称绿色模式，其特点在于社区与公众积极参与司法过程，而司法机关的干预减少到最低限度；至于社会司法模式则是缩小司法干预，扩大社会教育，把少年司法制度融入“综合治理”总体战略。①

考察各国少年司法体系，根据其侧重点更多集中在少年福利还是狭义少年司法（少年刑事司法、少年民事司法、少年行政司法），大体上可概括为儿童福利模式（child welfare model）、司法模式（justice model）及犯罪控制模

① 康树华：《世界各国少年司法制度的基本特征》，载《法学杂志》1995年第3期，第30页。

式(criminal control model)。需要说明的是,这些模式并不是一成不变的,而是在各自发展过程中吸收与借鉴其他模式优点不断融合发展而成。至于何种模式最佳则很难一言以蔽之,因其很大程度上取决于各国国情的具体发展。

(一)儿童福利模式

儿童福利模式,系指以"儿童福利委员会"(child welfare council)等形式存在的儿童福利机构作为处理少年案件主要机构的未成年人保护模式。目前主要采用此种模式的主要是欧洲福利国家,且较集中于挪威、瑞典、丹麦等北欧国家。这些国家对于未成年人犯罪处分与众不同,认为未成年人犯罪问题乃福利问题,不能移送法院审判,而应由福利委员会负责管教。[①]沈银河将"少年刑法"分为"以刑为教"、"以教代刑"与"弃绝刑罚"三个发展阶段。在他看来,北欧模式为其最高发展阶段,即"弃绝刑罚",完全放弃对未成年人犯罪适用刑罚而以儿童福利委员会的感化处分取而代之。虽然单纯采用福利模式解决未成年人问题的国家并不多见,但这并不意味着其他国家少年司法制度中未涵盖福利理念与制度。事实上,各国除了建构覆盖收养、救助、医疗等传统内容的儿童福利制度外,未成年人分流、少年审判与未成年人矫正等程序与措施无不体现儿童福利的身影。

(二)司法模式

司法模式,系指以少年法院或相当于少年法院功能的专门法院,如家事法院(家庭裁判所)等裁判机构担负起对未成年人案件审理的模式。此种模式之下,少年法院不但会对问题未成年人犯罪进行管辖,还对逃学、旷课、离家出走等偏差越轨行为行使管辖权。除此之外,少年法院还可能审理涉及未成年人抚养、收养甚至继承等攸关未成年人切身权益的案件。目前大多数国家与地区,如美国、德国、法国、加拿大、日本及我国台湾与香港地区都采用此种模式。

---

① 沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版,第55页。

(三)犯罪控制模式

犯罪控制模式强调刑罚而非矫正。支持犯罪控制模式的认为,既往矫正模式并不能有效解决未成年人犯罪攀升问题,且矫正效果极为有限,未成年人累犯率居高不下,必须通过刑罚重建社会道德标准,还可吓阻潜在犯罪人。近年来不少国家少年司法体系越来越强调"犯罪控制"模式,主张问题少年应为其不法行为负责。在该模式下,尽管在一定程度上惩罚和福利的双重方法是可以接受的,但为了预防犯罪,惩罚效果更为直接。

三、少年司法之基本流程

一如刑事司法,少年司法系统亦设有三个主要阶段,即入口、处理及出口,具体含义有所不同。其中,"入口"即通过有关有权机关或相关公民将涉嫌犯罪与偏差的少年以适当形式予以记录并启动有关程序。入口直接决定整个少年司法系统运作的工作量,入口的大小取决于几方面因素:未成年人犯罪与偏差的绝对数量;未成年人犯罪与偏差的立案标准与分布状况;有权机关,主要是警察机关的实际办案能力。而"处理"则包括对案件的具体裁判与处理,既包括司法性质的庭审裁判,亦包括警方与缓刑部门等机关的分流处分。作为少年司法体系的最后一个阶段,"出口"则是机构矫正、社区矫正及所谓的中间制裁措施等,往往意味着对未成年人矫正的具体效果。

大多数情形下,未成年人进入少年司法体系由警察机关启动。当然依各国法制差异,亦有父母或监护人、街坊邻里、学校及有关社会福利机构将问题少年直接或间接交付警方的。一旦警方确定未成年人确有可能涉嫌犯罪或偏差,需要提交检察官决定起诉与否,也可直接移送至少年法院相关部门。从未成年人犯罪与偏差行为通常社会危害性不大这一客观现实出发,警方享有较大的"微罪不举"自由裁量权,也可直接对未成年人实行分流处分。起诉犹豫制度为减少和避免污名化、使未成年人改过自新亦提供了较有力的制度保障。

一旦少年法院正式收案后,缓刑官会在未成年人父母或监护人在场的情况下,与其交谈,告知有关指控内容及诉讼权利。同时缓刑官还通常被要求尽可能地多收集有关该未成年人自身发展、家庭状况、学业表现等背景资

料，条分缕析，以供法官裁判时参考。而这份报告对于问题少年的具体安置相当重要：若认为未成年人行为较轻微，可建议进行分流安置，交社区进行矫正；否则将正式立案，交法官审理。

庭审时，未成年人及其律师、父母或其他监护人、检察官、缓刑官通常都需到庭，处理案件的警官和学校辅导员等人亦可列席。若起诉副本在庭审时尚未送达，相关内容将在庭审时宣读。庭审伊始，法官会向未成年人及其父母或监护人发问，以确定其是否通晓指控内容。在讨论案件事实之前，法官会审查各方权利，然后决定起诉书所称事实是否存在及证据是否确实充分。若未成年人否定指控，则庭审正式开始。一旦确认未成年人从事所控行为，法官会依据其具体个人情况予以斟酌判案。

一般来说，法官有这样几种裁判选择：驳回起诉、安置处分或将严重偏差少年转交刑事（成人）法院进行审理。对于情节轻微的，责令父母或监护人严加管教或进行社区矫正处分。如系心理问题，交心理矫正机构。

有别于成人案件，处理少年案件既可以通过正式程序完结，也可以通过非正式程序进行。前者由正式指控（charge）、各种听证（hearing）及安置（disposition）等步骤组成；而后者则与这些瓜葛不大，多为分流处分。近年来，各国以非正式程序处理少年案件的比例呈稳步上升态势，这亦反映出少年司法感化与救助未成年人的宗旨。不同于成人司法中的监禁与刑罚，少年司法矫正程序被设计成为矫正未成年人不法行为的个别化司法（individualized justice）处分措施。

四、不同法域少年司法运作流程

（一）美国少年司法运作程序概说

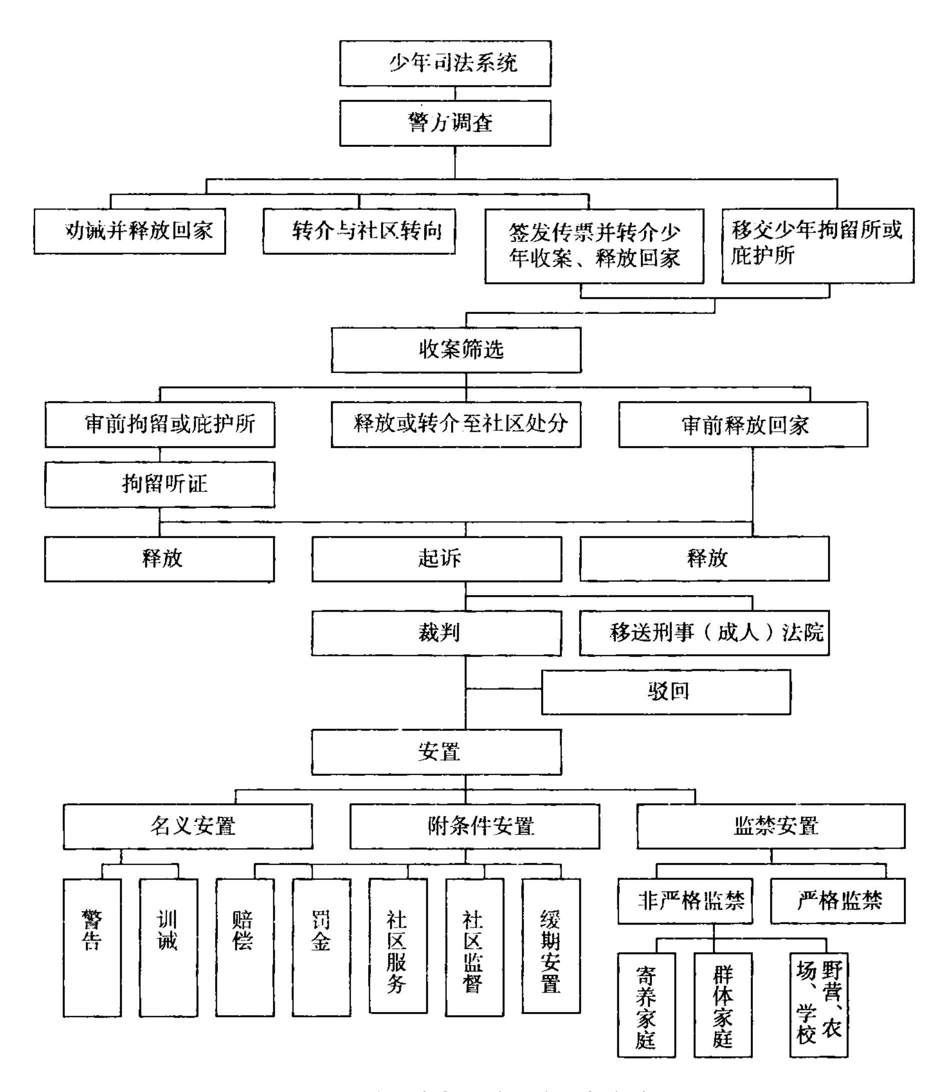
美国少年司法程序比较复杂，现结合“国家刑事司法标准与目标顾问委员会”（National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals）发表的《美国少年司法程序一般流程》予以说明。虽然各州具体制度有些微差异，美国少年司法运作程序基本上已固定化，大体包括警方调查（police officer investigation）、收案筛选（intake screening）、呈请（petition）或起诉（prosecution）裁判听证（adjudicatory hearing）、安置听证（disposition

hearing)及矫正与更生重建(corrections and rehabilitations)几个主要阶段。

一般情形下,大多数少年案件由警方首先接手并处理。依据不同案情,警方通常具有较大自由裁量权来对问题少年进行处理:劝诫并释放回家(counsel and release to parents);转介与社区分流(referral and diversions to community service);签发传票并转介少年收案、释放回家(citation and referral to juvenile intake, release to parents);移交少年拘留所或庇护所(transport to juvenile hall or shelter)等。其中前三者的处分结果相对较轻,问题少年甚至可直接回家,基本上不会进入少年司法的正式体系之中。但对于偏差行为较重的问题少年,警方亦可将其拘留,从而表明少年至此正式进入少年司法的处分流程。需要说明的是,尽管法院接手的大部分少年案件源于警方,这并不意味着其他机构与社会公民不能向法院提出呈请。事实上,除了检察官外,问题少年的父母或监护人、学校甚至邻居都可直接向法院控诉问题少年。

在收到上述案源后,少年法院尚需进行"收案筛选",以过滤出具体受理案件。在筛选后,问题少年通常会面对这样三种处理结果:释放或转介至社区处分(release or referral to community resources);审前释放回家(release to parents prior to court appearance);审前拘留或置于庇护所(detention or shelter prior to court appearance)。其中后两者处理结果表明法院已经正式受理案件,并将择日审理。

裁判听证与安置听证是少年法院审判问题少年的主要程序。裁判听证,其大体相当于刑事(成人)法院中的审理过程,用以判断未成年人是否犯有过失、身份过错及遭遇照管不良或虐待。安置听证相当于刑事审理中的量刑阶段,是整个少年法院程序中最为重要的环节之一。安置包括名义安置(nominal disposition)、附条件安置(conditional disposition)及监禁安置(custodial disposition)三种。其中,"名义安置"含警告(warning)与训诫(reprimand),"附条件安置"(conditional disposition)包括赔偿(restitution)、罚金(fine)、社区服务、社区监督与缓期安置。至于"监禁安置",则包括"非严格监禁"与"严格监禁"两种,其中"非严格监禁"又包括寄养在家,群体家庭与野营、农场、学校。在安置结果形成以后,不同少年矫正机构随即展开对问题少年的矫正与更生重建。



图二　美国少年司法程序一般程序

出处：National Advisory Committee on Criminal Justice Standards and Goals.（1976）. Juvenile Justice and Delinquency Prevention：Report of the Task Force on Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington，DC：U.S. Government Printing Office. p.9.

当然，上述流程仅可视为美国少年司法程序的共性特征。因各州经济发展水平、政治意识及公众对问题少年的容忍度的差异，不同州在运作时都会对这些程序作适当的调整，以适应具体需要。

(二)德国少年司法运作程序概说

德国法院分为普通法院、行政法院、劳动法院、社会法院、财政金融法院五种专门法院。其中普通法院包括地方法院、州法院、州高等法院三个级别,在州法院内设有管辖青少年案件的专门法庭,即少年法院(jugendgericht)。德国少年司法制度是以《少年法院法》为基础,辅之以普通刑法和刑事诉讼法的相关规定。[①] 据《少年法院法》规定,未成年人犯罪行为原则上由少年法院审判。少年参审法庭由少年法官与两名少年陪审员组成,举证责任在于法官而非检察官。《少年法院法》赋予检察官较大裁量权,依未成年人案件性质决定起诉与否。德国大多数市镇都设有专门的警察部门,以负责未成年人犯罪。

出于对纳粹德国时期滥用"盖世太保"(Geheime Staatspolizei,简称Gestapo,意为秘密警察)及其他执法部门滥用职权的忧虑,德国少年司法并未设有警察分流制度。但这并不意味着德国没有分流制度,事实上只有检察官与法官方有权决定问题未成年人分流与否,且强调刑事和解的重要性。

(三)英国少年司法运作程序概说

从字面上来看,英国少年司法与美国有所不同的在于前者常使用"youth justice"一词,而后者则固守"juvenile justice"。少年法院(youth court)管辖10—18岁未成年人犯罪案件,而治安法院(magistrates' court)与高等刑事法院(crown court)作为普通法院则管辖18岁以上成人犯罪案件。若为少年和成人共犯杀人罪或其他重大犯罪,即属普通法院管辖范围。少年法庭是治安法院的特别法庭,由三位对少年案件具有相当资历及经验的法官所组成,其中男、女法官至少各一位。

除了正常运作的少年司法体系外,英国于1996年成立的少年司法委员会与未成年人犯罪工作组被认为是英国少年司法成败的关键,其中未成年人犯罪工作组更被推崇备至。作为准政府机构,少年司法委员会有权向内

---

① 参阅樊荣庆:《德国少年司法制度研究》,载《青少年犯罪问题》2007年第3期,第68页。

政大臣建议少年司法系统相关事务，监控其运作并协助起草少年司法和监禁制度的实施标准及推广有效的工作经验等。① 英格兰与威尔士地区普遍设立未成年人犯罪工作组，集合警方、缓刑处、社会服务处、卫生保健处、教育局及药物与酒精滥用处等部门精英。正是因为未成年人犯罪工作组组成人员来自诸多政府机构，这确保以较充足的专业经验应对各类未成年人犯罪与偏差的预防、矫正与控制，以便实现综合治理。每个未成年人犯罪工作组设有管理员一名，负责统筹工作。就工作流程而言，未成年人犯罪工作组依据全国性的评估标准就每位问题少年进行评估，确定后者犯罪原因所在、其对周边人等的危害及量身打造矫正方案。②

（四）日本少年司法运作程序概说

经过数十年建设，日本业已形成以家庭裁判所为核心的少年司法体系。该体系涵盖少年警察、少年检察、家庭裁判所、少年鉴别所、少年院、少年刑务所、地方更生委员会、保护观察所、儿童商谈所与教养院等机构。

据新《少年法》，问题少年被划分为“犯罪少年”、“触法少年”与“虞犯少年”三类。其中，“犯罪少年”为年龄介于十四至二十岁触犯刑法的青少年；“触法少年”系十四岁及以下犯有偏差行为的未成年人；而虞犯少年则系其言行可能未来会有违法之虞的二十岁及以下青少年。作为未成年人案件的主要法院，家庭裁判所在日本法院体系中属于基层法院性质，主要审理未成年人犯罪、身份过错及涉及未成年人抚养权等案件。家庭裁判所禁止检察官移送处分时尚不足十六周岁的少年，并绝对禁止对不满十六周岁少年进行刑事处分。③

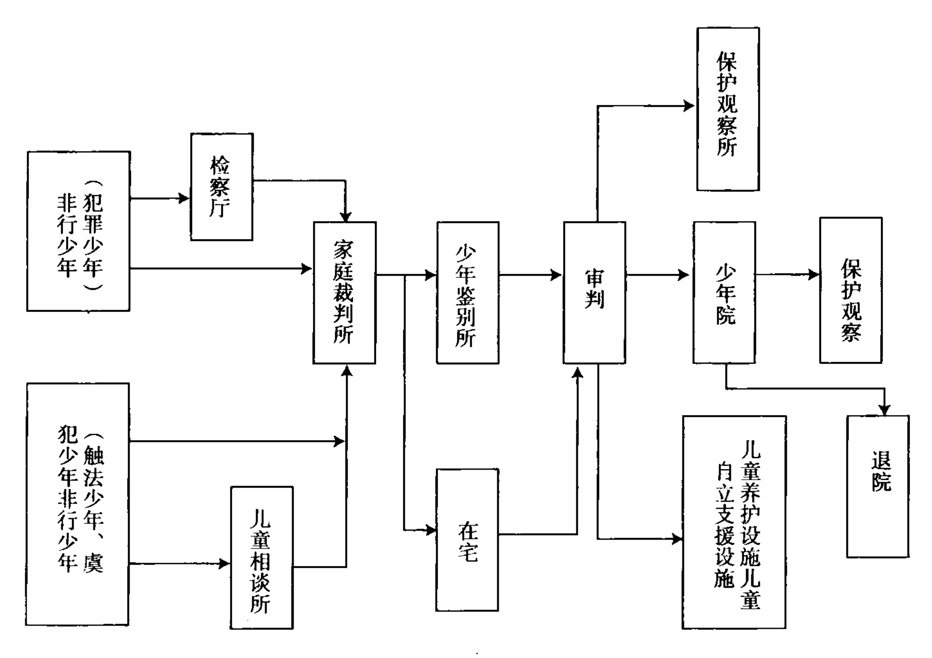
日本涉及问题少年的程序包括保护程序与刑事程序。其中保护案件系由家庭裁判所直接受理的少年案件，而刑事案件系指家庭裁判所将少年案件移送检察官由后者依刑事诉讼法进行审理的少年案件。保护案件的程序

---

① 齐树洁主编：《英国司法制度》，厦门：厦门大学出版社 2005 年版，第 573 页。

② Youth Justice Board. (2010). Youth Offending Teams—Who Are They? What Do They Do? Retrieved on May 22, 2010 from http://www.yjb.gov.uk/en-gb/yjs/youthoffendingteams/.

③ ［日］田口守一：《少年审判》，载［日］西原春夫主编，金光旭、冯军、张凌等译《日本刑事法的重要问题》（第二卷），法律出版社与成文堂 2000 年版，第 170 页。



图三　日本少年司法程序一般程序

出处：转引自陈慈幸：《性倒错少年之保护事件程序与处遇：论当前日本与澳门之实务发展》，（中国台湾）台湾观护学会研讨会论文，2010年12月23日，第4页。

包括三个层面，即警方发现少年案件的程序、由家庭裁判所调查并审理少年案件的程序及由少年院等执行处分决定的程序。新《少年法》中有各种针对少年犯的减刑与保护性措施，包括死刑、无期徒刑的减刑、不定期刑、换刑处分、禁止假释条件缓和、褫夺公权禁止及新闻不公开限制等。

日本少年鉴别所所实施的鉴别有收容鉴别、住宅鉴别、请求鉴别及一般鉴别四种。其中，收容鉴别是对受家庭裁判所裁定观护处分少年所实施的鉴别；住宅鉴别是针对少年案件中未收容于少年鉴别所的少年，基于家庭裁判所请求，对该少年实施资质鉴别；请求鉴别是由少年院、地方更生保护委员会、保护观察所等机构恰请少年鉴别所协助办理的鉴别；一般鉴别是除上述三种鉴别之外，对于一般家庭、学校请求对其子女、学生所实施的鉴别。①

① 参阅卢秋生：《少年犯之处遇问题与对策》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正：问题与对策》（第二版），台北：五南图书出版公司1997年版，第251—252页。

与欧美少年司法相比,日本不但在司法制度创新与沿革上均有其鲜明特点,且其官方与民间共同合作特征尤为明显。比如,全日本共有5万多名六十至六十九岁德高望重的人士活跃于未成年人犯罪预防与保护工作之中。[①] 这些义工被称为“保护司”,由法务大臣委任,接受地方更生委员会或保护观察所监督与管理,可连任两届,每届两年,旨在弥补缓刑官数量不足之需。通过不懈努力与探索,日本已逐步形成一个少年司法体系与社区组织活动相结合、官方机构与民间机构相结合的青少年预防犯罪体系和系列对策。[②]

(五)加拿大少年司法运作程序概说

初步接触问题少年后,加拿大警方一般不会立刻指控其触法,而是考虑能否以其他方式来追究责任,即所谓的“法外措施”(extrajudicial measures)。这一阶段,警方通常拥有较大的自由裁量权。只有在警方判定法外措施对问题少年毫无意义时,才有可能控诉问题少年。

审理未成年人的少年法院在加拿大被称为“少年司法法院”(youth justice court)。[③]《青少年刑事司法法》规定“少年司法法院”管辖范围为十二至十八岁间的未成年人。若问题少年接到“传票”(summon)或“出庭通知”(appearance notice),其必须按时出庭。与此同时,问题少年的父母或监护人亦会受到相应的指控说明。若少年未能如约出庭,则法官可下令将其予以逮捕,并指控犯其未能出庭罪。问题少年的名字会出现在《法院待审案件书》(court docket)。审判时,在法庭工作人员呼唤其名字后,问题少年须快步上前,面对法官而立。这时法官会宣读有关指控,告知问题少年有权获得律师帮助。若问题少年表达欲获得律师帮助之意后,法官会给予其一定时间聘请律师或寻求法律援助,之后择日再开庭。

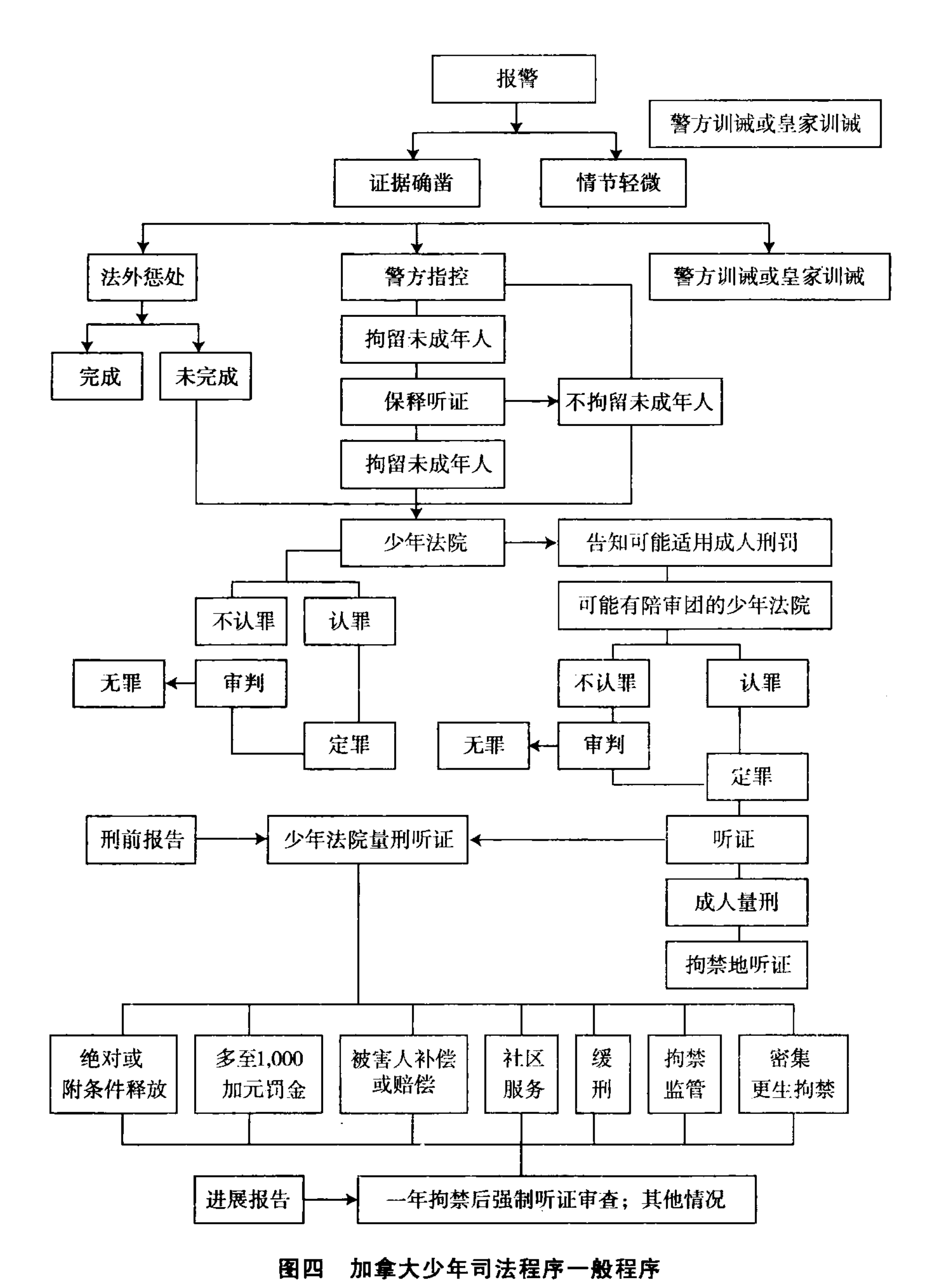
再次出庭时,法官会问及少年是否明白指控之罪及认罪与否。若不认罪,少年案件将被押后择日审理。之后,皇家检察官(crown counsel)与辩方

---

① 姬素兰:《日本少年司法制度的初步印象—赴日研修情况报告》,载《公安研究》1998年第2期,第91页。

② 转引自许章润主编:《犯罪学》(第二版),北京:法律出版社2004年版,第55页。

③ 尽管“youth”一词本身具有“青少年”含义,但因“youth justice court”审理对象为18岁以下未成年人,故以译为“少年司法法院”为妥。



图四　加拿大少年司法程序一般程序

出处：Bala, Nicholas.（2003）. Youth Criminal Justice Law. Toronto, ON: Irwin Law. p. 57.

律师会就指控展开辩论，法官在此基础上将认定问题少年有罪与否。在确定有罪后、量刑前，法官会要求少年工作者（youth worker）提交《刑前报告》（pre-sentence report）。依据问题少年自身背景资料和案件性质，法官可拥有较多量刑选择，包括：训诫（reprimand）；密集支持与监管令（intensive support and supervision order）、入学令（attendance order）、递延羁押和监管令（deferred custody and supervision order）、密集康复羁押和监管令（intensive rehabilitative custody and supervision order）等等。[①]

（六）我国台湾地区少年司法运作程序概说

我国台湾地区将问题少年案件分为虞犯事件与犯罪事件，两种案件程序不同。就前者而言，着重于教育和辅导而非刑罚。审理时没有原告、被告人的诉讼辩论，通常也不会收押虞犯少年。至于七岁以上未满十二岁少年，有触犯刑罚法令行为时，依《少年事件处理法》第 85 条及《少年及儿童保护事件执行办法》，由少年法院适用少年保护事件规定处理。少年法院处理少年事件，大致可以分为审前调查、事件审理及保护处分执行三大阶段。依《少年事件处理法》，其少年法院可享有下述十四项权限：管辖权、受理权、调查权、强制处分权、先议权、审理权、处分决定权、指挥监督权、训诫权、免除执行权、拘留观察权、变更处分权、撤销权、普通裁定权。

第四节　未成年人虐待与法律援助

我们都曾经是儿童。我们都希望孩子们幸福，这一直是并将继续是人类最普遍珍视的愿望。

——《我们儿童：世界儿童问题首脑会议后续行动十年期终审查》

---

① Candidan Department of Justice.（2008）. The Youth Criminal Justice Act: Summary and Background. Retrieved on March 22, 2008 from http://www.justice.gc.ca/en/ps/yj/ycja/explain.html.

一、未成年人虐待概说

（一）家庭暴力概说

家庭暴力（domestic violence、family violence）简称家暴，泛指发生于家庭成员间的严重暴力行为，包括肢体暴力、精神暴力及经济暴力。肢体暴力，顾名思义，系指以拳脚等肢体或借助棍棒等外力或外物对家庭成员施以伤害并造成其身体创伤的家庭暴力。而精神暴力则系指以暴力威胁、精神虐待等方式对家庭成员实施较长时间的精神摧残。至于经济暴力，则是西方国家近年来新出现的术语，是家庭暴力表现的新形式，大体上系指处于经济主导地位的家庭成员对其他相对经济较弱势的家庭成员实施经济封锁，使后者入不敷出、窘困不堪，甚至出现无以维系的状况。

《利雅得准则》第51条提请各国政府“应在刑事司法系统内和系统外，开始或继续探讨、制订和执行各项政策、措施和战略，以防止对青少年的和影响到青少年的家庭暴力，并确保家庭暴力的受害者得到公正待遇”。我国《婚姻法》第3条亦明确规定，“禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃”；第27条又特别规定，“继父母与继子女间，不得虐待或歧视”。尤为值得一提的是，《婚姻法》对救助措施与法律责任作了专章规定。比如第43条规定，“实施家庭暴力或虐待家庭成员，被害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会及所在单位应当予以劝阻、调解”、“对正在实施的家庭暴力，被害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止”、“实施家庭暴力或虐待家庭成员，被害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚的法律规定予以行政处罚”。

我国台湾地区在家庭暴力防治上的立法较为完善。例如，其1998年6月24日公布的《家庭暴力防治法》不但详细规定了家庭暴力的表现形式与救济措施，还特别专章规定了“父母子女和解调解程序”。该法第35条规定，“法院依法为未成年子女酌定或改定权利义务之行使或负担之人时，对已发生家庭暴力者，推定由加害人行使或负担权利义务不利于该子女”。2001年，家庭暴力防治委员会及儿童局整合相关服务专线成立“113妇幼保护专线”，提供通报、紧急庇护与相关服务。

(二)儿童虐待、照管不良及遗弃

在描述“虐待”(abuse)一词时,英文中常用“neglect”、“maltreat”、“abuse”等词。在各种有关儿童虐待与照管不良的定义中,大多数主张虐待系一种状态,在该状态之下,负有看护责任的监护人,出于蓄意或者极度照管不良,放任儿童遭遇本可避免的伤痛,或未能提供通常被认为对未成年人体能、智力及心理健全至关重要的营养。① 2005 年,附属于美国卫生部(U. S. Department of Health and Human Services)的儿童局(Children's Bureau)在其《2003 年全美儿童虐待报告》(*Child Maltreatment for 2003*)中称,全美各级儿童保护机构(Child Protective Services)共收到多达 290 万起未成年人虐待报案,其中近三分之二被立案调查;估计有 90 余万未成年人遭受不同形式的虐待。②

一般来说,儿童虐待可分为四大类:性虐待、身体虐待、情感虐待和照管不良(neglect)。“虐待”与“照管不良”在表述未成年人遭遇不适当处分时,有时可以互换使用。照管不良较被动,如不提供食物、居所、怜爱等等;而虐待则比较主动,多采取殴打等手段对付未成年人。所谓儿童照管不良(child neglect),是指在特定情形之下因父母或其他看护人(caretaker)对儿童施加或威胁施加的、影响其健康或福利的照管不良或不适当对待(maltreatment)。③ 不过更多时候,儿童虐待的外延要广于照管不良。按照照管不良的手段与后果不同,未成年人照管不良又可分为身体照管不良(physical neglect)、教育照管不良(educational neglect)、情感照管不良(emotional neglect)与医疗照管不良(medical neglect)等几类。④

---

① Polansky, Norman, Mary Chalmers, Elizabeth Buttenwieser and David Williams. (1983). Damaged Parents: An Anatomy of Child Neglect. Chicago, IL: University of Chicago Press. p. 1.

② Children's Bureau. (2005). Child Maltreatment 2003. Washington, DC: Administration on Children, Youth and Families, U. S. Department of Health and Human Services. p. 1.

③ Wallace, Harvey. (1998). Victimology: Legal, Psychological and Social Perspectives. Needham Heights, MA: Allyn & Bacon. p. 170.

④ National Exchange Club Foundation. (2007). About Child Negligent. Retrieved on February 20, 2007 from http://preventchildabuse.com/neglect.htm.

在欧洲，从罗马时期一直到18世纪，未成年人遭其父母照管不良司空见惯。[①] 即便卢梭亦未能走出这个怪圈，他先后遗弃五名子女，成为其难以消除的人生污点之一。《日内瓦儿童权利宣言》即呼吁给予儿童特殊照料，其后该原则又在《儿童权利宣言》得到再次确认。《儿童权利宣言》原则九规定，“儿童应被保护不受一切形式的忽视、虐待和剥削”。《儿童权利公约》第10条中更明确要求，“应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施，保护儿童在受父母、法定监护人或其他任何负责照管儿童的人的照料时，不致受到任何形式的身心摧残、伤害或凌辱，忽视或照料不周，虐待或剥削，包括性侵犯”。继而指出此类保护性措施“应酌情包括采取有效程序以建立社会方案，向儿童和负责照管儿童的人提供必要的支助，采取其他预防形式，查明、报告、查询、调查、处理和追究前述的虐待儿童案件，及在适当时进行司法干预”。

不但父母或监护人可能涉嫌虐待与照管不良，一些社会福利组织也可能牵扯其中。

【案例十六】

2005年4月间的一则《江苏南通市儿童福利院将两名智障少女送进南通市城东医院做了子宫切除手术》帖子不但惊现网络，而且更引诸多媒体快速跟进。4月14日，看似平常的一天，许多人的命运因该日逆转。而祸起原因便是儿童福利院的2名智障女童进行阑尾切除手术，但实际切除的部位却是其子宫。[②] 作为智障少女的法定监护人，福利院有义务维护其财产和人身权益。本案中，福利院不但未能尽到善意监护人责任，而且显然还触犯刑法，应受到严厉的刑罚对待。

英美及大陆法系对“遗弃罪”(crime of abandonment)处罚甚重。《纽约

① Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 20.

② 康正、刘俊锋、杨华云:《福利院切除两智障少女子宫 医生称类似手术常见》，载《东方早报》2005年4月21日。

州刑法典》(*New York Penal Law*)第260.00条规定,十四岁以下未成年人之父母、监护人或其他依法承担关爱及抚养义务之任一人,意欲于任一地点全然遗弃该未成年人,即可构成遗弃罪。①

又如日本刑法,其对遗弃罪有专章规定,且将其细分为单纯遗弃罪、保护责任人遗弃罪及遗弃致人死伤罪三种。该国刑法第217条规定,"遗弃因年老、年幼、身体有缺陷或者有疾病而需要帮助的人的,处1年以下有期徒刑";第218条规定,"对年老、年幼、身体有缺陷或者有疾病的人具有保护责任而将上述人员遗弃,或者不为其生存提供所必要的保护的,处3个月以上5年以下的有期徒刑";第219条又规定,"犯前两条罪,因而致人死伤的,与伤害罪比较,依照刑罚较重的犯罪处理"。其中,第217条所规定的单纯遗弃罪乃系遗弃罪基本类型,犯罪主体为一般人,处理也明显较其他两罪为轻。至于第218条所规定的保护责任人遗弃罪的犯罪主体则局限于对年老、年幼、身体有缺陷或者有疾病的人具有保护责任的特殊主体,包括因法律规定、合同、亲属抚养义务等建立起特定保护责任的关系人,例如父母或其他监护人及承担监护责任的社会团体与机构等等。若因单纯遗弃罪或保护责任人遗弃罪入罪,且造成有关人等死伤,日本刑法要求与伤害罪相比较以确定刑罚孰重孰轻,从重处断。这也体现出日本刑法对遗弃罪的特殊处理。②

时下未婚同居等情况时有发生,限于经济能力,许多人将新生儿遗弃。而对于某些有重男轻女落后观念的人来说,遗弃女婴并非罕见。在对此类父母给予强烈道德谴责及刑事责任追究的同时,社会可以对未成年人遗弃作出更多的反应。

我国《婚姻法》第44条规定,"对遗弃家庭成员,被害人有权提出请求,居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解"、"对遗弃家庭成员,被害人提出请求的,人民法院应当依法作出支付扶养费、抚养费、赡养费的判决"。《刑法》第260条规定,"虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制"、"犯前款罪,致使被害人重伤、死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑"。第261条继而规定,"对于年老、年幼、患病或者

① New York State Penal Law, §260.00.

② 参阅黎宏:《日本刑法精义》,北京:中国检察出版社2004年版,第307—309页。

其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

近年来,司法实务中曾多次出现出卖亲子的案件,而对于这类案件的定性上分歧较大,大致有无罪、遗弃罪与拐卖妇女儿童罪几种不同主张。

【案例十七】

2001年6月,重庆市合川市妇女陈某因与福建省邵武市江某非法同居而怀孕。2002年1月,江某听林某说有人要买男婴时,当即表示陈某若生男孩就卖给他人。之后,江某将自己的想法告诉陈某,陈某表示同意。同年3月,在陈某产下一男婴后,男婴被卖给两名外地妇女,陈某与江某二人得款15,000元。①

司法实践中,对于此类出卖亲子案无论以遗弃罪还是拐卖妇女儿童罪处理都比较牵强。我国《刑法》第240条规定,拐卖儿童罪是指以出卖为目的,拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转儿童的行为;而第261条规定,遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的行为。若以遗弃罪定性,《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》曾指出,“对于买卖至亲的案件,要区别对待:对那些迫于生活困难、受重男轻女思想影响而出卖亲生子女或收养子女的,可不作为犯罪处理;对于出卖子女确属情节恶劣的,可按遗弃罪处罚”。但是《公安部关于打击拐卖妇女儿童犯罪适用法律和政策有关问题的意见》指出:“出卖亲生子女的,由公安机关依法没收非法所得,并处以罚款;以营利为目的,出卖不满十四周岁子女,情节恶劣的,以拐卖儿童罪立案侦查”。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、中华全国妇女联合会《关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通知》第4条规定,“出卖亲生子女的,由公安机关依法没收非法所得,并处以罚款;以营利为目的,出卖不满十四周岁子女,情节恶劣的,借收养名义拐卖儿童的,以及出卖捡拾的

① 潘兆荣:《出卖亲生婴儿如何定性》,载中国法院网,http://www.chinacourt.org/html/article/200408/30/129543.shtml,2006年12月2日。

儿童的，均应以拐卖儿童罪追究刑事责任”。不难发现，上述文件特别是同样源自最高人民法院的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》与《关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通知》有自相矛盾之处。从法律效力上来说，很难说《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》属司法解释。这样《关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通知》可作为司法解释，本案陈某与江某应定性为拐卖儿童罪。但依《刑法》第240条规定，拐卖儿童除了出卖为目的外，尚需拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转儿童六种行为之一，陈某与江某显然未实施上述任一行为。上述有关法律法规与刑法的冲突是未来立法与司法机关需要重视的。

在这一方面，我国台湾地区在其刑法中明文规定出卖亲子的量刑幅度。其刑法第294条规定，“对于无自救力之人，依法令或契约应扶助、养育或保护而遗弃之，或不为其生存所必要之扶助、养育或保护者，处六个月以上、五年以下有期徒刑”，而第295条又特别规定，“对于直系血亲尊亲属犯前条之罪者，加重其刑至二分之一”。由此观之，陈某与江某出卖亲子一案在台湾地区应可判处遗弃罪。而在《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定》中，买卖儿童系指任何人或群体将儿童转予另一人或群体以换取报酬或其他补偿的行为或交易。若采此种定义，则前案应以定拐卖儿童罪为妥。伴随我国积极履行有关国际公约及修改国内立法的加快，上述国内法与国际法的冲突在所难免，需要立法者以更睿智的方法予以解决。

二、未成年人保护与少年救助概说

（一）少年安置与未成年人保护概述

少年救助或少年安置系指为援助失依少年而成立的儿童福利机制。所谓失依少年，美国被害人学家哈维·华莱士（Harvey Wallace）将其界定为因遭受看护人虐待或照管不良而急需国家干预的未成年人。[①]

---

① Wallace, Harvey. (1998). Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives. Needham Heights, MA: Allyn & Bacon. p. 66.

在台湾学者詹火生等看来，所谓少年安置是指，“当少年在身心自主的发展遭受阻难威胁，而无法在家中获得健全成长的资源时，国家与社会因少年家庭状况的情事不同，而提供不同层次的补充或替代服务”。[①] 受“国家亲权”影响，未成年人遭遇虐待或照管不良时，政府有权干预之。但在美国，直至 20 世纪联邦政府才始有这种权力。此前，儿童福利、儿童保护和对弱势儿童的援助是由私人或慈善的非政府组织和各州政府所主导。

最早名声远播的慈善团体是“纽约儿童救助协会”(New York Children's Aid Society)，成立于 1854 年，专注解决孤儿、弃儿、单亲或其他与父母居住的儿童。自此之后，纽约的庇护所只收容问题少年。尽管如此，实务中仍不乏将照管不良之未成年人与问题少年相提并论，处理上常有混淆。1875 年，“纽约儿童保护协会”(New York Society for the Prevention of Cruelty to Children，简称 NYSPCC)成立，被誉为世界上第一个专职儿童保护的机构。在其 130 多年的历史中，该协会始终致力于对孤儿、弃儿的各项福利工作，且功效卓著。仅在其成立后的 15 年间，便安置超过 150,000 名被遗弃的孤儿。[②]

1974 年，美国国会通过《儿童虐待防治与处分法》(*Child Abuse and Prevention and Treatment Act*，简称 CAPTA)。随后出台的《收养援助暨儿童福利法》(*Adoption Assistance and Child Welfare Act*，简称 AACWA)、《儿童福利法》(*Child Welfare Act*，简称 CWA)与 1984 年《家庭支持法》(*Family Support Act*，简称 FSA)，确立了美国儿童保护的实施做法及取向。1988 年《儿童虐待防治与处分法》修正案，要求联邦卫生部建立全国性的数据收集与分析系统。联邦政府“全美儿童虐待与照管不良数据系统”(National Child Abuse and Neglect Data System，简称 NCANDS)应运而生，每年对各州及华盛顿特区自愿呈交的未成年人虐待与照管不良案件进行数据分析。自 1990 年起，基于该数据库的报告每年均向公众公布。1993 年国会又通过《家庭与医疗准假法》(*Family and Medical Leave Act*，简称 FMLA)。后又分

---

① 詹火生、孙壹凤：《“我国”少年安置服务政策分析》，载(中国台湾)《“国政”研究报告》社会(研)091—016 号，2002 年 5 月 31 日。

② Fox, Sanford. (1996). The Early History of the Court. The Future of Children: The Juvenile Court. 6(3), p. 32.

别于1997年与2000年先后颁布《收养与安全家庭法》(*Adoption and Safe Families Act*,简称 ASFA)与《儿童虐待防治与实施法》(*Child Abuse Prevention and Enforcement Act*,简称CAPEA)。

据联合国儿童基金会估计,我国目前有15万儿童流浪在街头生活和工作。[①]《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》要求:"加强对流浪儿童救助保护中心的建设和管理。设立多种形式的流浪儿童收容教育机构,减少流浪儿童数量和反复性流浪。"自1992年起,我国陆续建立起1,100多个社会救助站和130个流浪儿童救助保护中心。2006年,共对210万人次实施了临时救助,其中10万多流浪未成年人。[②] 民政部建立了"流浪乞讨人员信息系统",可对流浪儿童进行救助。该系统核实本人情况,"确定是否符合救助条件,与其居住地亲属联系,便于在实施临时救助后送返家乡,与亲人团聚及为了使流浪未成年人及其他流浪乞讨人员在流出地能够同社会保障相联系发挥服务作用等功能"。[③]

我国台湾地区少年安置服务大抵分为三个体系,即少年保护体系、防治少年性剥削体系与问题少年辅导体系。其中,少年保护体系服务对象为家遭变故者、受虐待者、受恶意遗弃者、受押卖者、被强迫引诱从事不当行业者、从事卖淫或营业性猥亵行为者及不服管教者。2004年3月12日,台湾地区颁布《无依儿童及少年安置处理办法》。该办法第2条规定,"医事人员、社会工作人员、教育人员、保育人员、警察、司法人员及其他执行儿童及少年福利业务人员知悉无依儿童及少年时,应于二十四小时内填具通报表,以电信传真或其他科技设备传送等方式通报当地直辖市、县(市)主管机关;情况紧急时,得先以言词、电话通讯方式通报,并于二十四小时内填具通报表,送当地直辖市、县(市)主管机关"。该条文具体规定了少年保护体系的启动方式。

---

① 联合国儿童基金会:《各国资料——中国》,载联合国儿童基金会网站,http://www.unicef.org/chinese/infobycountry/china_china.html,2007年10月5日。

② 李立国:《流浪未成年人电子档案不会成其不良记录》,载人民网 http://npc.people.com.cn/GB/28320/78072/78081/5466008.html,2007年3月17日。

③ 李立国:《流浪未成年人电子档案不会成其不良记录》,载人民网 http://npc.people.com.cn/GB/28320/78072/78081/5466008.html,2007年3月17日。

（二）未成年人收养与寄养概述

《利雅得准则》约定："如缺乏稳定和安定的家庭环境，而社区在这方面向父母提供帮助的努力又归于失败，同时不能依靠大家庭其他成员发挥这种作用的情况下，则应考虑采取其他的安置办法，包括寄养和收养。这种安置应尽最大可能仿造成一种稳定和安定的家庭环境，与此同时还应为孩子建立永久感，以避免引起由于连续转移寄养而连带产生的问题。"前章中讨论的贺某案即涉及未成年人收养问题。《儿童权利公约》第21条就收养约定，凡承认和（或）允许收养制度的国家应确保以"儿童最佳利益"为首要考虑并应：确保只有经主管当局按照适用的法律和程序并根据所有有关可靠的资料，判定鉴于儿童有关父母、亲属和法定监护人方面的情况可允许收养，必要时有关人士可依据已商议的结果对收养表示同意，方可批准儿童的收养；认识到若儿童不能安置于寄养或收养家庭，或不能以任何适当的方式在儿童原籍国加以照料，跨国收养可视为照料儿童的一个替代办法；确保得到跨国收养的儿童享有与本国收养相当的保障和标准；采取一切适当措施确保跨国收养的安排不致使所牵涉人士获得不正当的财务收益；在适当时通过制定双边或多边安排或协定推进本条款的目标，并在这一范围内努力确保由主管当局或机构负责安排儿童在另一国收养的事宜。

1998年11月14日，我国修正通过的《收养法》第2条指出，"收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，保障被收养人和收养人的合法权益，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德"。民政部2003年10月27日颁布的《家庭寄养管理暂行办法》第2条规定，所谓儿童家庭寄养系指"经过规定的程序，将民政部门监护的儿童委托在家庭中养育的照料模式"。而第4条又规定，被寄养儿童是指"监护权在县级以上地方人民政府民政部门，被民政部门或者民政部门批准的家庭寄养服务机构委托在符合条件的家庭中养育的、不满十八周岁的孤儿，查找不到生父母的弃婴和儿童"。

三、未成年人保护之法律援助

《刑事司法系统中儿童问题行动指南》以"与儿童受害者和儿童证人有

关的计划”专章规定了儿童受害人特别保护的规定。据《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(*Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuse of Power*),该行动指南要求各国“应承诺确保儿童受害者和儿童证人有适当的机会获得公理和公平的待遇、赔偿、补偿和社会援助”。具体说来,这些做法包括:对相关人员进行必要培训,并制定适当工作守则。同时,该《行动指南》要求“警察、律师、司法人员和其他法院人员应受到如何处理儿童受害者案件方面的培训”、“各国应酌情制定适当处理儿童受害者案件的工作守则”,以及“建立专门机构负责处理未成年人遭受侵犯案件”。《行动指南》呼吁必要时应设立和加强司法和行政机构,使儿童被害人能够通过迅速、公平、方便的正规或非正规程序获得补救。《行动指南》敦促各国政府,“儿童受害者应可获得符合他们需要的援助,如法律援助、保护、安全的住房、经济援助、咨询、保健和社会服务、重返社会和生理及心理恢复方面的服务”。

我国大陆地区已初步建立起未成年人保护的法律援助,包括司法层面,亦包括社会福利层面。《最高人民法院、司法部关于刑事法律援助工作的联合通知》第2条规定,法律援助机构或者司法行政机关接到指定辩护通知书和起诉书副本后,对刑事被告人是盲、聋、哑、未成年人、可能被判处死刑而没有委托辩护人的,应于3日内指派承担法律援助义务的律师提供辩护。《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》要求积极设立面向儿童的法律援助机构,完善法律援助体系和网络,为儿童提供多种形式的法律援助服务。《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第15条规定,未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人因经济困难等原因没有聘请律师的,检察院应当告知其可以申请法律援助。2006年,大陆地区接受法律援助的未成年人为83,131人,比2005年增加了24.7%,比1998年增加了412.27%。[①] 在香港地区,香港律师会主办免费法律援助计划——“当值律师计划”:若未成年刑事被告人有需要,少年法庭将安排其约见律师并提供相关服务,政府负担相关费用。[②]

---

① 转引自中国青少年研究中心:《中国未成年人权益状况报告》,载内蒙古新闻网,http://cnnews.nmgnews.com.cn/system/2009/01/07/010167294.shtml,2009年1月7日。

② 任宗理、梁展欣、莫君早:《港澳地区少年司法制度考察报告》,载《人民司法》2008年第3期,第76页。

第三章　“未成年人犯罪与偏差”解析

“未成年人犯罪与偏差”原系西方法治舶来品，实有对这一基本概念进行准确而详细探讨之必要。既然这一术语源于英语国家，这里首先不妨借用英文来进行文字上的分析。从构词上看，“juvenile delinquency”由“juvenile”和“delinquency”两部分组成，我们自可将“juvenile”与“delinquency”分别字斟句酌，探悉渊源，以便在具体事务的处理中能够游刃有余。

第一节　“未成年人”与刑事责任年龄界定

童年不仅仅是童年，还代表了一个国家的面貌、一个民族的心态、一种文化的胸怀。[①]

——居敬

一、少年司法语境下“未成年人”概念解读

（一）“未成年人”概念

“未成年人犯罪与偏差”（juvenile delinquency）这一基本概念原系西方法治舶来品，涉及“未成年人”及“犯罪与偏差”，实有对其进行详细探讨之必要。

以“未成年人”为例，在英文中“adolescent”、“baby”、“child”、“infant”、“juvenile”、“minor”[②]、“young person”及“youth”等都可表征未成年人，尽管

---

① 居敬：《在历史中发现儿童的身影》，载《南方都市报》2008年12月21日。

② 一般而言，“minor”系指未成年人，多数情况下并不作特别限定。依不同法域，但具体含义又有所不同。如据《得克萨斯州缓刑法》（*Texas Probation Code*）第3条，适用该州缓刑时，“minor”系未满18周岁且从未结婚或身心障碍未予消除之未成年人（Texas Probation Code，§3）。

具体词义在不同语境下有所不同。其中“infant”、“young person”与“youth”可能最易引发歧义。以“infant”为例,据《美国传统字典》(*American Heritage Dictionary*)有两种解释,一系指儿童(child),特别是在其蹒跚学步之前的儿童;二是从法律意义上说“未满法定成年年龄”(under the legal age of majority)的未成年人。① 正是从后者意义上,许多英美学者主张“infant”与“juvenile”语义殊途同归,至少在少年司法体系内两者往往可以互换使用。加拿大《青少年刑事司法法》以“young person”指代年龄介于十二岁与十八岁间的未成年人。至于“youth”语义似乎也很含糊,联合国于1985年举办的“国际青少年年”(International Youth Year)将“青少年”(youth)定义为十五至二十四岁的人口族群;而美国总统“全国毒品控制政策办公室”(Office of National Drug Control Policy)则视“youth”为十二至十七岁间的未成年人。②

从构词上看,“juvenile delinquency”由“juvenile”和“delinquency”两部分组成。正如美国学者所指出的那样,“当和‘delinquent’这个词结合起来运用时,‘juvenile’这个词却被赋予了很多隐含的意思”。③ 我们首先可对“juvenile”字斟句酌,以便在具体事务处理中能够张弛有道。④《美国法典》第18章第5031条规定,“juvenile”系指未满十八周岁之少年或因触犯该章所列之偏差行为而需程序及安置之未满二十一岁之年轻人。⑤ 大多数涉及

① Houghton Mifflin Company. (2000). American Heritage ® Dictionary of the English Language (4th edition). Retrieved January 6, 2007, from http://www. bartleby. com/61/50/I0125000. html.

② Office of National Drug Control Policy. (2007). Teens, Drugs and Violence: A Special Report. Washington, DC: Office of National Drug Control Policy, Executive Office of President of the United States. p. 1.

③ [美] Peter Kratsoski & Lucille Dunn Kratcoski 著,叶希善等译:《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版),北京:中国轻工业出版社2009年版,第7页。

④ “juvenile”一词可译为“少年”及“未成年人”,在绝大多数时候可互换使用(在我国台湾地区,未成年人实际上包括“少年”及“儿童”,其中前者为十二至十八岁)。国内有学者主张以“少年”统称之,但“未成年人”可能比前者更能表达出“少年”一词所不能及的意思所在。从单词构成看,“未成年人”由“未”及“成年人”组成,形象地说明了“未成年人”实属“尚未成年之人”,而“少年”一词无法明确表达该义。当然,为遵照约定俗成的专业术语,如“少年法庭”、“少年法院”等予以保留,但对其他场合出现的、需要表达“juvenile”词义时,仍建议使用“未成年人”而非“少年”。

⑤ 18 U.S.C, §5031.

少年司法的国际公约及大多数国家与地区立法大都以"juvenile"指代未成年人。《布莱克法律词典》将"未成年人"解释为:尚未达到被刑事司法系统视为成年人处分年龄(通常为十八周岁)之人,①这亦是目前为各国及地区较能接受的概念。

(二)幼年期、青春期及承诺年龄

为深入了解未成年人犯罪与偏差,几个重要术语需要加以区分,包括幼年期、青春期及承诺年龄。在西方国家,"幼年期"(childhood)概念一直到17世纪才出现。在美国社会中早期,"幼年期"甚至被认为可延续至二十一岁。② 人们逐步以与以往不同的视角来审视未成年人,开始将其视为需要特殊保护之弱势群体。③ 随着"幼年期"与"成年期"(adulthood)在生命历程中区分的加剧,两者间的过渡期亦水涨船高,"青春期"作为幼年期与成年期链接阶段的出现也顺应发展,水到渠成。

青春期(adolescence)源自拉丁文 adolescentia,原意是成长或各方面成熟的阶段,系指介于幼年期与成年期之间的独特发展阶段。在此期间里,未成年人经历生理、心理和社会极速转变而逐步成年,许多性格与习惯都逐步养成。处于青春期的少男少女们可能会患有"焦虑障碍、抑郁障碍、双相障碍、注意缺陷多动障碍、破坏性行为障碍、性心理障碍、网络成瘾及精神分裂症等症状"。④

【案例十八】

2009年元旦,德国汉诺威警方惊奇地发现六岁的米克(Mick)与七岁"女友"安娜(Anna)正准备转乘火车到非洲结婚,证婚人则

---

① Garner, Bryan A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 884.

② Ramsey, H. Sara, and Douglas E. Abrams. (2008). Children and Law (3rd edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 7.

③ Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 30.

④ 苏林雁、王长虹:《青春期的心理与行为问题》,载《中国实用儿科杂志》2006年第7期,第504—507页。

是更为年幼的安娜莱娜五岁的妹妹，三人携带装有太阳眼镜、气垫床、夏季服装、泳装及干粮的背包。[①] “像成人之孩童”与“像孩童之成人”即生动而形象地反映出未成年人在青春期的特殊转变。

作为独特的社会群体，青春期时的未成年人通常被认为具有五类特征：一是对危险和新鲜事物充满好奇心；二是与成年人相比，对危险行为潜在负面后果的评估认识不清；三是追求短期而非长期效应；四是对时间与自我控制理解力不够；五是易受同龄人左右。[②] 美国有学者用更形象的“IPod”来形容这些年轻人所面临之窘境，其意为“无安全感”(insecure)、“有压力”(pressured)、“税负过重”(overtaxed)与“债务缠身”(debt-ridden)。[③] 各国及地区政府对青春期出现的各类问题及其解决无不相当重视。

日本近代法学家宫本英雄曾指出，“未成年人之肉体、智能，均未发达至足，且经验更浅，法律上予以相当保护，应有之义也”。言及“相当保护”，在其看来，这牵扯到“未成年人所为法律行为，无效耶？仅可撤销耶？”及“未成年人之于法律行为，负如何责任耶”等两个基本问题。[④] 这提醒我们在构建未成年人通常司法处分之外，尚需创新既有思维模式，为某些生理、心理成熟较早之未成年人提供具有针对性的处分方式。

鉴于未成年与成年在生理及心理上的差异，不少法域均出台有对未成年人特殊保护的政策及类型。以所谓“法定强奸”(statutory rape)为例，普通法推定除非达到一定年龄，否则行为人不可与他人发生性关系(sexual intercourse)。有别于其他类型的强奸罪，法定强奸又称“强奸儿童”(rape of a child)、“败坏未成年人”(corruption of a minor)、“奸淫幼童”(carnal knowledge of a minor)或称“非法性渗透”(unlawful sexual penetration)。据

---

① 《6岁的他7岁的她欲私奔非洲》，载《南方都市报》2009年1月7日。

② Siegel, Larry and Joseph Senna. (2000). Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law (7th Edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning. p. 21.

③ [美]乔治·马格努斯：《“婴儿潮忧虑”的一代》，载《全球主义者》在线杂志2009年版，转引自《参考消息》2009年2月11日。

④ [日]宫本英雄著，骆通译：《英吉利法研究》，北京：中国政法大学出版社2004年版，第217页。

美国联邦调查局定义,法定强奸系指以非暴力手段与低于法定承诺年龄之人发生性关系的犯罪行为。[①] 除了配偶外,通常来说任何人与低于一定年龄的少男少女发生性关系不但违法,而且还可能触犯刑律,这一年龄标杆被称作“承诺年龄”(age of consent)。在明文规定承诺年龄的法域中,安哥拉、墨西哥、菲律宾、梵蒂冈及津巴布韦等国的承诺年龄低至十二岁,而乍得、津巴布韦及马达加斯加等国则高至二十一岁。在美国,大部分州将这一年龄定在十六岁,而在其他州则从十四至十八岁不等。而在日本,尽管法律规定十三岁为承诺年龄,但司法实践中往往将这一限度提升至十八岁。[②]

至于刑罚方面,法定强奸较普通强奸罪处罚为重。如据《内布拉斯加州法典》(*Nebraska Code*)第28-319条规定,任何年满十九岁之成年人与十六岁以下少年发生性关系即构成“一级性侵犯”(first-degree sexual assault)而面临最低25年监禁之刑罚。[③] 而在得克萨斯州,与非配偶的十七岁以下少年发生性关系亦构成性侵犯,可处以2至20年不等徒刑。不过,在1999年“梅迪纳诉得克萨斯州”(*Medina v. State*)案中,得克萨斯州法院赋予当事人以“积极抗辩”(affirmative defense)之权:若被害人已年满十四岁且行为人又比其年长三岁以内,则可能不被追究刑事责任。[④] 我国香港地区《刑事罪行条例》(*Crimes Ordinance*)第123条规定,“任何男子与一名年龄在十三岁以下的女童非法性交,即属犯罪,一经循公诉程序定罪,可处终身监禁”;第124条又规定,“任何男子与一名年龄在十六岁以下的女童非法性交,即属犯罪,一经循公诉程序定罪,可处监禁5年”。

我国现行《刑法》虽未明确“法定强奸罪”,但在第236条第2款规定奸淫不满十四周岁幼女的,以强奸论,从重处罚。可见,我国刑法实际上将十四岁列为承诺年龄。应该说这一年龄规定相比其他各国还是较低的,有利于对少女进行有效保护。尽管我国刑法在保护未成年女性性的不可侵犯权

---

① Sexlaws. org. (2007). What Is Statutory Rape? Retrieved January 6, 2007, from http://www. sexlaws. org/what_is_statutory_rape.

② AVERT. (2010). What Is Statutory Rape? Retrieved May 6, 2010, from http://www. avert. org/age-of-consent. htm.

③ Nebraska Code, §28-319.

④ Medina v. State, 986 S. W. 2d 733 (Tex. App. —Amarillo 1/27/99).

上做了大量工作,不过仍然存在一些亟待解决的问题。如鉴于现实生活中不满十四岁幼女可能会早熟而行为人无法或较难分辨的情况,2003 年 1 月 23 日通过的《最高人民法院关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸问题的批复》中规定,“行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照有关规定,以强奸罪定罪处罚”、“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”亦即,除了十四岁这一承诺年龄外,最高人民法院为行为人赋予一定积极抗辩权,而这需要同时满足三个条件,即“确实不知对方是不满十四周岁的幼女”、“双方自愿发生性关系”与“未造成严重后果,情节显著轻微的”。这部司法解释出台后引发多方面争议,有学者认为这是为强奸少女之恶徒大开方便之门。此外,刑法与相关司法解释只考虑到男性与不满十四岁少女发生性关系的情形,但并未规定女性与未成年人男性发生性关系的情形,而且对成年男性与未成年男性、成年女性与未成年女性等同性之间发生性关系之情形也只字未提。但实务中此类案例已多有出现,限于法律上的漏洞而无从解决,这也应是未来刑法修订需要考虑的问题之一。

(三)未成年人年龄限定

少年司法与刑事(成人)司法制度之间差异固然很多,但最明显的区别在于少年只有到一定年龄才会对其犯罪行为承担刑事责任而为刑事(成人)法院所管辖。两千多年前,古罗马法与后世教会法通过“责任年龄”(age of responsibility)这一概念将未成年人与成年人予以区分。① 尽管未成年人为大多数国家与地区少年司法管辖对象,德国、日本、韩国等国在一定条件下将部分“年轻之成年人”作为特例亦纳入其少年司法管辖对象。各国法律对此并没有形成统一的认识,而是依据各自不同的法律文化传统来界定这些年龄段的具体区间范围,但近些年来有关国际公约对“未成年人”界定的影响逐渐加大。

---

① Cox, Steven, John Conrad and Jennifer Allen. (2003). Juvenile Justice: A Guide to Theory and Practice (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p. 3.

成年与否对于界定刑事责任区间具有举足轻重的作用。鉴于此,很多国家与地区以立法具体界定“未成年人的生理年龄”(age of minority)。英国以十四至十七岁界定少年,换言之,十七岁以上可视为成年人。在澳大利亚昆士兰州,《少年司法法》将“child”定义为十七岁以下的未成年人。不过,该法又规定特殊情形下州长亦可将十七至十八岁少年囊括进来,但是至今司法实践尚未有此先例。[①] 而在韩国、日本及新西兰等法域,少年则被界定为二十岁以下的人;新西兰少年在年满十八岁后得享有选举权、订立契约权等基本权利。[②]

一般说来,对未成年人年龄限定无非是设定合理年龄区间,也就是上限与下限。许多法域立法例中大多规定有上限与下限,如日本、我国台湾和香港地区;一些法域则只规定上限,如我国、韩国;而少数法域则对年龄区间作模糊处理,根据案情具体情况灵活处理,如也门和沙特不规定具体年龄而是由法院依《古兰经》依据每个当事人具体身心发展程度确定。而据《儿童权利公约》第1条规定,儿童系指十八岁以下的任何人,除非对其适用之法律规定成年年龄低于十八岁。

“未成年人”年龄界定幅度很大,从零岁到二十一岁不等。就上限而言,最高的为德国二十一岁,最低的为英国十七岁,大多数国家以十八岁为未成年人年龄界定上限。鉴于各国法律制度的不同,《北京规则》认为未成年人年龄界定上的差别“似乎是难免的,而且不会削弱最低限度标准规则的作用”。《北京规则》因而在未成年人年龄限定方面作了灵活的变通处理,指出年龄限度将取决于各国本身的法律制度,以充分尊重会员国的经济、社会、政治、文化和法律制度。

在美国,保护未成年人自由合法权益的法定成年年龄一般被设在十八岁,而二十一岁作为不再享有少年权利并承担起成年人责任的法定年龄。大多数州都是界定十八岁为少年法院管辖的少年偏差年龄上限,康涅狄格

---

① Queensland Department of Families and Legal Aid. (2003). Juvenile Justice—A Legal Practitioners Guide (4th edition). Queensland, Australia: Queensland Department of Families and Legal Aid. p. 10.

② Wikipedia. (2010). Minor (law). Retrieved May 5, 2010, from http://en.wikipedia.org/wiki/Minor_(law).

州和纽约州则为十五岁。据《美国法典》规定,所谓"少年"系指尚未度过其十八岁生日的人;如果年满十八周岁、但未满二十一岁的年轻人仍可因其十八周岁之前实施的偏差行为而获得相关未成年人处分对待。[①]《得克萨斯州家事法典》(*Texas Family Code*)将未成年人[②]分为两类,第一类是十至十七岁的未成年人,而第二类则是十七至十八岁的未成年人。[③] 对于后者而言,并不是所有这个年龄期间的未成年人都会自动成为该州少年法院的管辖对象,而是需要满足一定的条件。这些条件包括:或从事偏差行为,或其行为与其年龄不符而需要特殊监督。

对于身份过错、虐童、遗弃未成年人等类案例,美国有些州将年龄上限提高至二十岁。不过,另一些州亦适时降低了年龄上限。比如威斯康星和新罕布什尔两个州均于1976年将各自少年法院的审判门槛上限从十七岁降至十六岁。这在一定程度上反映了新保守主义的兴起,因为这意味着更多的未成年人,特别是十六至十七岁的未成年人可在刑事(成人)法院受审。之所以作出这样的规定,可能考虑到这一年龄段的部分未成年人群已然成为威胁自身、家庭与所在社区安全的重要隐患而亟需司法干预。

而对年龄的下限的规定就更加不同了,美国大部分州并没有明确最低年龄。一些州界定为十四周岁,而有些州则规定得更低。然而,所有的州都依据普通法中对年龄的规定,对七周岁以下的少年免于司法管辖。但在七到十八岁这个区间,各州规定又有很大不同,如在保守主义浓重的得克萨斯州规定少年法院可以对十岁的偏差少年实施管辖。自20世纪80年代之后,各州都降低了针对少年偏差追究刑事责任的年龄;有27个州规定了追究刑事责任的最低年龄,加利福尼亚州等大多数州是十四岁,科罗拉多等州是十二岁,堪萨斯州则为十岁。[④] 总的来说,多数州认定十四至十八岁的少年可以成为少年法院的管辖对象。

需要说明的是,由于目前相互独立的司法体系所限,我国港澳台地区在定义未成年人的外延上与大陆地区有一些明显差异。大陆地区在未成年人

---

① 18 U.S.C. §5031.

② 在该法典中,以"child"指代"未成年人"。

③ Texas Family Code. §51.02.

④ 国务院新闻办公室:《2003年美国的人权记录》,北京:国务院新闻办公室,2004年。

年龄限定上已有明确立法:《未成年人保护法》第2条明文规定,未成年人是指未满十八岁的公民。不同于大陆地区,台湾地区将未成年人细化为“儿童”与“少年”。其《少年事件处理法》第2条规定十二至十八岁的未成年人称为“少年”,而《儿童福利法》第2条规定十二岁以下未成年人则被称为“儿童”。据台湾地区《民法典》第12条规定,年满二十周岁可视为成年。换言之,不满二十岁则应系未成年人。不难发现,十八至二十岁这个年龄在台湾地区民法与刑法之间存在一定冲突,亦即该年龄段的青少年虽然仍被视为民法意义上的未成年人,但已不能享有刑法意义上未成年人所特有的权益。一旦触犯刑律,则直接由刑事(成人)法院依据刑事诉讼直接予以处理之。

我国香港地区曾规定成年年龄自二十一周岁起算,但在1990年10月1日通过的《成年岁数(有关条文)条例》这部关于成年年龄的重要法律中,第2条明文规定“一个人年满十八岁时,即届成年”。香港《少年犯条例》、《保护儿童及少年条例》等法条都对未成年人作了比较详细的划分,即所谓“少年人”(young person)、“少年”(juvenile)与“儿童”(child)。但是这两部涉及未成年人的基本法律甚至连上述概念都不太一样。其中,《少年犯条例》中将“少年人”界定为“审理任何关于其案件的法庭认为是年满十四岁但未满十六岁的人”,“儿童”则界定为“审理任何关于其案件的法庭认为是未满十四岁的人”。《保护儿童及少年条例》将“少年”界定为“法庭认为或根据本条例行使任何权力的人认为年龄在十四岁或以上但未满十八岁的人”。两相比较,“少年人”与“少年”仅一字之差,但涵盖范围差别不小。

(四)“成年”的法律意义

与“未成年人之生理年龄”相对应,“成人年龄”或“成年人的生理年龄”(age of majority)系指由法律规定的进入成年的起始年龄。这一年龄通常为区分未成年人与成年人的分水岭。过了这个年龄点,未成年人一跃成为成年人,享受作为成人的权利,并承担相应的义务。相对应的,他可能要放弃某些专属未成年人的权利与利益,对其罪行承担起与成年人一样的责任。在英格兰早期社会中,某甲对未成年人某乙提起“收回被占继承土地”之诉,依法律规定某乙无需为其祖先占有的可自由继承土地出庭应诉;若某

乙以死者继承人身份进占该土地，则这一诉讼将被延期至某乙达到法定年龄为止。① 理论上来说，一旦迈入成年行列，未成年人即刻间摇身为青年。但这并不表明他可以为所欲为。实际上，他仍然要面对许多因年龄限制所带来的束缚。比如说饮酒，虽然年满十八岁即享有选举权等重要宪法性权利，美国法仍要求将法定最低饮酒年龄定为二十一岁。② 这意味着，十八至二十一岁的成年人仍然不能同二十一岁以上成年人一样开怀畅饮。

同时，不可避免地总会有些未成年人即便尚未年满十八周岁，其心理、生理成熟程度已远远超出同龄人，因而在作出有关判断时考虑相对较周全。考虑到这种差异性，少年法院法官或检察官会酌情考虑是否将其移送刑事（成人）法院审理。在个别情况下，法院亦会考虑认定某些未成年人已具有成年人身份并享受相关权益。打比方说，一痛失双亲的十七岁少年，在孤立无援之情形下，法院得授予其成年人地位（emancipate），以便照管弟、妹。③

二、"青少年犯罪"与"未成年人犯罪"辨析

日常生活中经常使用"青少年犯罪"与"未成年人犯罪"这两个概念，似乎两者概念相仿、内涵近似而可语义互换：两者都以年龄作为区分其与其他犯罪类型的主要尺度。然而它们是存有较多区别的，其中最为重要和直接的标准同样是年龄这一客观要件。实际上，"青少年"应包括"青年"与"少年"两个阶段。"青少年犯罪"系笼统的社会学概念，涵盖了"未成年人犯罪"与"年轻的成年人犯罪"两种类型。康树华亦指出，所谓"青少年犯罪"这一概念没有法律上的明文规定，国内诸多学者的相关释义也只是学理上的解释，而非法律上的定义。④

---

① ［英］梅兰特著，王云霞等译：《普通法的诉讼形式》，北京：商务印书馆2009年版，第76—77页。

② Wikipedia. (2010). Minor (law). Retrieved May 5, 2010, from http://en.wikipedia.org/wiki/Minor_(law).

③ eNote. (2007). Encyclopedia of Everyday Law: Juveniles. Retrieved January 6, 2007, from http://law.enotes.com/everyday-law-encyclopedia/juveniles.

④ 康树华：《青少年犯罪、未成年人犯罪概念的界定与涵义》，载《公安学刊——浙江公安高等专科学校学报》2000年第2期，第16页。

“青少年犯罪”这一中文说法的最初出处现已难考证，不过有学者认为在1979年6月中共中央《关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告》后，“青少年犯罪”一词被广泛使用。[①] 国内很多犯罪学者简单地将“juvenile delinquency”翻译为“青少年犯罪”。各级政府部门，特别是主管未成年人犯罪预防、控制与矫正的机关亦频频援用“青少年犯罪”。“青少年犯罪”与“未成年人犯罪”在犯罪控制与预防上具有某些共性，但无论是置于少年司法制度还是刑事司法制度语境中，其区别仍是比较明显的。

尽管各国对“青少年犯罪”的控制、预防及矫正有不同的社会政策及相应刑事政策，但严格来说，大多数法域的刑法及少年法并未对“青少年犯罪”有明确规定。根本原因便在于，相对于“成年人犯罪”或“成人犯罪”，“青少年犯罪”概念外延过大，既包括普通意义上的未成年人犯罪，还包括“年轻的成年人”犯罪。例如康树华认为，青少年犯罪通常是指已满十四岁不满二十六岁的青少年所实施的犯罪，未成年人犯罪的年龄上限为十八岁、下限为六岁开始比较合适。[②] 犯罪学者宋浩波对青少年犯罪中“青少年”的界定则有不同看法，在他看来，“青少年”应指年龄在六至二十五周岁之间的人。[③] 各国际组织及国家与地区对“青少年”年龄界定亦有争议，联合国为十五至二十四岁、欧盟为十五至二十四岁、世界卫生组织为十至二十岁，日本为二十四岁以下、美国为十四至二十四岁、新加坡为三十岁以下。[④]

尽管本书作者并不反对使用“青少年犯罪”术语，毕竟这种说法既有其现实存在意义，而且无论是在理论研究还是在司法实务中多年来均大行其道，但是具体运用时应明确其与“少年犯罪与偏差”的具体差异，二者决不可等量齐观。具体来说，“未成年人犯罪与偏差”适用于少年法或刑事法语境，特别是在少年案件调查、拘留、逮捕、分流、公诉、审判、安置及矫正与康

---

① 温小洁：《我国未成年人刑事案件诉讼程序研究》，北京：中国人民公安大学出版社2003年版，第12页。

② 康树华：《青少年犯罪、未成年人犯罪概念的界定与涵义》，载《公安学刊——浙江公安高等专科学校学报》》2000年第2期，第15页。

③ 宋浩波：《犯罪学原理》，北京：中国人民公安大学出版社2001年版，第119页。

④ 参阅（台）陈慈幸、蔡孟凌编著：《少年事件处理法学理与实务》，台北：元照出版公司2009年版，第6页。

复等正式或非正式程序中,其主体应仅限于十八岁以下未成年人;而"青少年犯罪"则在较宏观的犯罪的社会控制层面上使用,主体既包括十八岁以下未成年人,也包括十八至二十五岁年轻的成年人。在研究与司法实务中,必须对"青少年犯罪"与"未成年人犯罪与偏差"两组概念明确各自的涵盖范围,否则可能南辕北辙,所提及的社会控制手段难以落实。

三、未成年人刑事责任年龄界定

(一)刑事责任与年幼抗辩

1. 未成年人刑事责任

责任有时又被称为"有责性",包含了责任本身及把责任归结于特定行为者。[①] 从法律意义上来说,责任能力与行为能力两者含义差别甚多。所谓责任能力,系指能够理解法律上禁止、命令的意义,打消实施违法行为念头的能力。[②] 相比之下,行为能力外延较为宽广,系指实施行为时所具有的能力。具备行为能力并不一定具备责任能力,而具有责任能力必然具备行为能力。对于十八岁以上成年人而言,其责任能力与行为能力大体相当。换句话说,具有行为能力的成年人应当为其不法行为承担相应的法律责任。但对于未成年人而言,即便具有行为能力,但法律规定其承担责任能力的范围与幅度都较成年人为小,甚至可免除其相关责任。

所谓刑事责任,通常是指刑法所规定的行为人对自己实施的刑法所禁止的危害社会的行为所应承担的法定责任。古今中外先后有身高、牙齿、体能等来衡量成年与否,并以此判定刑事责任承担与否。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第 1 条指出,"立法体系应该在犯罪要素的框架内单独考虑未成年人的法律责任"。我国犯罪学者王牧认为,随着现代刑法中刑事责任概念的提出,在刑法中把未成年人作为完全不同于成年人的特殊犯罪主体逐渐划分出来,确立了完全不同于成年人的违法责任(包

---

① [日]野村稔著,全理其、何力译:《刑法总论》,北京:法律出版社 2001 年版,第 270 页。

② 黎宏:《日本刑法精义》,北京:中国检察出版社 2004 年版,第 143 页。

括刑事责任)、惩罚(包括刑罚)种类与执行方式。①

在判断某人是否需为其罪过承担相应刑事责任的众多标准中,年龄无疑是其中最为直接和较易作出判断的。刑事责任年龄通常就是刑法规定的自然人对其实施的危害行为承担刑事责任所必须达到的年龄。在这一问题上,普通法系常以“无刑事能力”(doli incapax)表明未成年人刑事责任的有无(incapacity to do wrong),即“无责任不得处以刑罚”。英国法学家威廉·布雷克司顿(William Blackstone,1723 —1780)在其所著《英国法释义》(*Commentaries on the Laws of England*)中指出,至少需要满足两点要求才能确定行为人犯罪与否,即“恶意”(vicious will)与“不法行为”(unlawful act),两者缺一不可。继而,布雷克司顿对“infant”与“adult”作了简单区分。在他看来,两者区别主要在于前者无法辨认其行为性质。一般说来,七岁以下的婴幼儿被推定不具有犯罪意图而无须承担任何刑事责任,而十四岁以上的未成年人被视已较成熟、需就其犯罪行为承担刑事责任。但是对于七至十四岁这一年龄段则被视为灰色地带,处于这一年龄段的未成年人基本上会被推定为不具有犯罪能力。但若有证据显示该少年对其不法行为的对错、善恶能够领会并加以区分,则可判断其有罪而应承担由此所带来的不利后果。布雷克司顿进一步指出,完全按照年龄划分刑事责任归属仍过于机械,毕竟现实生活中总有部分未成年人较其同龄人早熟,对这些人的处分照搬刑事责任年龄显然就不合时宜了。他提出“恶意供给年龄”(malice supplies the age)这一概念,意在说明若有充足证据表明未成年人主观恶意已能够使其区分对错而又执意触法,虽年龄尚不足十四岁,仍可追究其刑事责任。② 上述未成年人刑事责任年龄划分的标准及例外情形对英美等普通法系国家影响深远。

在现代英美刑法中,犯罪的构成要件至少要包含两个主要内容,即“犯意”(mens rea)及“犯罪行为”(actus reus)。其中前者系指犯罪意图(guilty mind),后者指自愿赋予实现的不法行为。“无犯意则无犯人”(non reu nisi

---

① 王牧主编:《新犯罪学》,北京:高等教育出版社2005年版,第278页。

② Blackstone, William. (1979). Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1765 - 1769. Chicago, IL: University of Chicago Press.

mens sit rea)是英美刑法理论中最为重要的定理。而行为能力有限,既可能是心理智障,也可能是未达到法定年龄所致,这亦是不可被推翻的推定原则。对问题少年刑事责任年龄的界定则直接反映了对未成年人犯罪与偏差的宽容程度。美国《模范刑法典》(*Model Penal Code*,简称 MPC)第 4. 10 条对刑事责任年龄作了明确规定,即不满十六岁的人不能受到刑事审判和判决;行为人犯罪时达到十六岁或十七岁时可由少年法院审理;若少年法院放弃案件的管辖权或经少年法院同意,可将案件移送刑事法院审理。[①] 不过这一规定尚为法理建议,各州在具体援用时意见不一。

2. 年幼抗辩

"年幼抗辩"(infancy defense),系指基于被告人身处年幼这一客观事实而应免除其刑事责任的抗辩事由。通常认为,未成年人因年幼不应该如成年人一样为其行为承担刑事责任,而年幼年龄的界定一般均由指定法或判例法予以明示。在此年龄之下,未成年人身心两方面均未臻成熟,是非辨别能力尚不健全,因而无须承担刑事责任;但倘若一旦达到此年限,可能因其所犯罪行轻重与罪过大小而承担相应刑事责任。

英美法系国家及地区确定以未成年人犯罪时年龄而非审判时年龄作为评判其是否可主张"年幼抗辩"的年龄依据。同样,这一年龄亦取决于生理年龄(chronological age),而非心理年龄(mental age)。随着时间推移,英美法系国家及地区在未成年人刑事责任年龄确定上有所变化。如《1995 年澳大利亚刑事法典》(*Australian Criminal Code Act of 1995*)第 7. 1 条规定,不满十岁之未成年人不承担刑事责任。[②] 第 7. 2 条继而又规定,十至十四岁间的未成年人仅可在能辨认其行为对错时承担刑事责任,由检方承担相应举证责任。[③]

年龄并非判定未成年人刑事责任与否的唯一要件,未成年人身心特征对其刑事责任的有无、确立及减轻都具有不同于成人的影响。如我国《刑法》第 16 条规定,"精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造

---

① Model Penal Code, §4. 10.

② Australian Criminal Code Act of 1995, §7. 1.

③ Australian Criminal Code Act of 1995, §7. 2.

成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗”,“间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任”,“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚”。由此可见,我国刑法规定不可对未成年精神病人与精神不正常时犯罪的间歇性未成年精神病人追究刑事责任。

作为抗辩事由之一,精神病抗辩在英美法系中已存续数百年之久。之所以建立精神病抗辩,目的通常在于将其与刑事司法体系相脱离,而将犯罪人进行医疗看护安置(medical-custodial disposition)。[①] 就结果而言,精神病抗辩与其他抗辩大相径庭:即便法庭认可精神病抗辩,也不意味着犯罪人因判决无罪而被释放,取而代之的是犯罪人将获得一特殊形式的有罪判决或“发现”(founding)被告人因“精神病原因而无罪”(not guilty by reason of insanity,简称 NGRI),被告人将被送往精神病机构接受治疗。在美国,具体如何确定某些问题少年刑事责任的有无通常采用姆纳顿规则(M’ Naghten rule)。[②] 该检验用来测试问题少年心智是否正常,是否可以分辨是非曲直。如果少年被认定心智正常,则可能会被法院判决负有责任。

而德国法走得甚至更远一些,十四至十八岁的犯罪少年,行为时精神状

---

① Lafave, Wayne R. (2003). Principles of Criminal Law. Eagan, MN: West Group, p. 261.

② 英美刑法通常有四种对精神病抗辩的司法检验规则,即姆纳顿规则(M’ Naghten rule)、“不可抵制之冲动”规则(irresistible impulse rule)、达拉谟规则(Durham rule)及实质能力规则(substantial capacity rule)。姆纳顿规则较为常见,其源自对丹尼尔·姆纳顿(Daniel M’ Naghten)的无罪判决。1843 年,姆纳顿误认为时任英国首相正从事谋杀阴谋,故企图将后者暗杀,但却误击其秘书,后者 5 日后因伤势过重不治身亡。法院认为该人患有偏执妄想症(paranoid delusions)导致缺乏理智、不能了解其行为性质,因而不负刑事责任。此案形成了对精神错乱者是否承担刑事责任之判断标准—姆纳顿规则(M’ Naghten rule),或译为南顿规则、姆拉坦规则及麦诺顿规则等等。因姆纳顿规则专注于测试被告人是否能够分辨对错,故而又被称为“对错规则”(right-wrong test)。据这一规则,被告人须以“可能性之权衡”(balance of probabilities)这一民事诉讼举证之“优势证据”(preponderance of evidence)责任,以证明在犯罪之时,被告人正煎熬于心理疾病之痛,而无法理解出其不法行为之本质与特征,或虽能理解但无法分辨对错与否。该规则用来测试被告人心智是否正常、是否可以分辨是非曲直。澳大利亚、新西兰、加拿大、英格兰和威尔士、爱尔兰及我国香港地区等国家与地区,以及美国大多数州(蒙大拿州、爱达荷州和犹他州例外)大体上仍遵循此例,历经多次修正后沿用至今。

态正常原则上应负刑事责任。但其《少年法院法》第3条中的"特别阻却责任事由"条款又规定,"少年于行为之际,即使精神状态正常,但如另有道德或精神发展的不成熟情形,仍不负刑事责任"。[①] 意大利刑法对未成年人刑事责任的规定亦独具一格,据其2001年刑法草案第95条规定,"行为时未满十四岁,或者已满十四岁未满十八岁不能理解行为的意义或不能依据对行为的理解而行动的人,不具有刑事责任能力"。这实际上是将十八岁以下未成年人划分为两个部分,即完全不承担刑事责任的十四岁以下少年及"不能理解行为的意义或不能根据对行为的理解而行动"的十四至十八岁的未成年人。对于后者,意大利刑法学家图里奥·帕多瓦尼(Tullio Padovani)主张应"根据案件的具体情况,一个一个地查明这些未成年人对自己实施的行为究竟有无认识能力和控制能力后才能确定"。[②]

(二)未成年人刑事责任年龄的确立

如前所述,在判断某一人是否需为其罪过承担相应刑事责任的众多标准中,年龄无疑是其中最为直接和较易作出判断的。通说认为,刑事责任年龄是刑法规定自然人对自己实施的危害行为承担刑事责任所必须达到的年龄。[③] 所谓刑事责任年龄(age of criminal responsibility),通常系指自然人须接受刑事追诉和承受刑罚惩戒的年龄。《北京规则》和《儿童权利公约》都未约定普遍适用的刑事责任最低年龄。《北京规则》指出"承认少年负刑事责任的年龄这一概念的法律制度中,该年龄的起点不应规定得太低,应考虑到情绪和心智成熟的实际情况";《儿童权利公约》第40条第3款约定,"规定最低年龄,在此年龄以下的儿童应视为无触犯刑法之能力"。不过,《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》建议适用特殊刑事责任的最低年龄不得低于十四周岁,对十四周岁以下未成年人只能采取教育措施。

正因为年龄对于划分未成年人刑事责任及少年法院与刑事(成人)法

---

① 转引自林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版,第309页。

② [意]杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译评:《意大利刑法原理》,北京:中国人民大学出版社2004年版,第176页。

③ 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社2003年版,第82页。

院管辖权等问题至关重要,大多数国家与地区均在其刑法典或相应少年法典中明文规定未成年人刑事责任年龄,不过具体限定因国别不同而大相径庭。环顾寰球,对未成年人刑事责任年龄限定的方式大致不外乎两种:其一为明文确定某一区间,而这又包括固定年龄段、固定年龄点及年龄区间浮动上下限;其二为灵活的生理年龄。对于后者而言,如穆斯林居住集中的也门和沙特,即采用伊斯兰法视青春期伊始为应承担刑事责任年龄的开端。在法定年龄方面,各国通常都将刑事责任分为若干阶段,有二分法、三分法与四分法等几种分法。其中,二分法分为无责任年龄与完全责任年龄,而无责任能力又有相对无责任能力与绝对无责任能力之分;三分法分为绝对无刑事责任年龄、相对无刑事责任年龄或减轻刑事责任年龄,以及完全责任年龄;而四分法分为绝对无责任年龄、相对无责任年龄、减轻责任年龄及完全责任年龄。[①] 在澳大利亚,十岁以下未成年人无须承担任何刑事责任,年满十四岁后被推定应承担刑事责任,但须经法庭审理辨别;除了昆士兰州(十七岁)外,其余各州认定年满十八岁需承担完全刑事责任。[②] 我国澳门地区《刑法典》第18条规定,“未满十六岁之人,不可归责”;十六岁以下未成年人违反澳门法律,则被称为“犯事者”。

我国采用四分法:一是完全责任年龄,《刑法》第17条第1款规定,已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任。二是相对无责任年龄,《刑法》第17条第2款规定,已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。三是绝对无责任年龄,不满十四周岁的人,完全不负刑事责任。四是减轻责任年龄,《刑法》第17条第3款规定,已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。第4款又规定,因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。

据盎格鲁-撒克逊普通法(Anglo-Saxon law),七岁以下未成年人可以推

---

① 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社2003年版,第82—83页。

② Wikipedia. (2010). Minor (law). Retrieved May 5, 2010, from http://en.wikipedia.org/wiki/Minor_(law).

定免受起诉,因其年幼缺乏分辨是非的能力而无须承担相应道德与法律责任,这也与罗马法一脉相承。而七到十四岁的未成年人一般不被认为需负刑事责任,除非检察官证明该少年对其所做的行为性质明了于心。判断其是否知晓行为性质不外乎探寻其是否理解该行为所带来的直接后果及是否有善恶是非观念。而十四岁或更年长的未成年人与成人一样要负刑事责任,一旦获罪,则面临与成人完全相同的刑罚,甚至包括死刑。时至今日,受英国殖民影响较深的爱尔兰、印度、巴基斯坦、尼日利亚、南非、泰国、塞浦路斯等国仍将七岁作为刑事责任年龄下限。不过,这一分类在其他前英国殖民地已有所突破。如美国尚未对刑事责任年龄设定全国性统一标准,而是交由各州自行确立,目前仅有 15 个州明文规定最低刑事责任年龄,通常跨越六至十二岁;至于其余尚无制定法规定最低刑事责任的各州,则主要依赖于普通法传统中对刑事责任年龄的划分,即七岁。对于联邦罪行,最低刑事责任年龄则为十岁。[①] 我国香港地区《问题少年条例》第 3 条即认定十岁以下的儿童没有能力犯罪,亦无须承担刑事责任,并认为这是不可被推翻的推定原则之一。香港律政司《检控政策及常规:检控人员守则》第 12.1 条也明确,少年犯刑事责任年龄为十岁。

在多数欧洲国家,刑事责任年龄起算点一般介于十三至十六岁之间。例如在比利时,十六岁以下未成年人将不因其任何行为而被追究刑事责任,未满十八岁未成年人更可免受牢狱之灾,而是接受社区矫正。北欧诸国均视十五岁为担负刑事责任的起始年限,且十八岁以下问题少年大都以进入社会福利机构而结束对其刑事指控。如《芬兰刑法典》第 4 条第 1 款规定,"犯罪人在实施行为之时已年满十五岁且具有刑事责任能力的,应承担刑事责任"。又如《丹麦刑法典》第 15 条规定,"十五岁以下儿童实施之行为不可罚"。

日本虽然规定年满十四岁即应承担一定刑事责任,但直至二十岁才可承担完全刑事责任;之前的审理通过家庭裁判所处理。2007 年,日本国会通过了《少年法》等相关法律修正案。其中《少年法》将送往少年院的年龄

① Wikipedia. (2010). Defense of Infancy. Retrieved May 5, 2010, from http://en.wikipedia.org/wiki/Defense_of_infancy.

下限从现行的十四岁以上下调至“大致为十二岁以上”。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第2条建议，“完全刑事责任年龄应该设在十八周岁”、“立法体系应当确定行为人达到何种年龄才可以适用特殊的刑事司法制度”，并强调这种刑事司法制度“不应适用于犯罪时不满十四周岁的人”。该决议第4条又建议，“对低于十四周岁的未成年人，只能适用教育措施”。目前与我国同样采用十四岁为分水岭的国家尚有德国、法国、韩国及意大利等大陆法系国家。

除了采用自然年龄作为刑事责任年龄区间外，《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定，“对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄”。但其后的“相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄”规定，又有些自相矛盾。很明显，“相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄”就隐含了“准确查明被告人具体出生日期”，否则“刑事责任年龄”无从谈起。而且这与《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》相关内容相左。后者第7条明文规定，“未成年人刑事案件的法律文书和工作文书，应当注明未成年人的出生年月日”。而且第8条继而又规定，“审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当把是否已满十四、十六、十八周岁的临界年龄，作为重要事实予以查清。对难以判断犯罪嫌疑人实际年龄，影响案件认定的，应当作出不批准逮捕的决定，需要补充侦查的，同时通知公安机关。”《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定，“审理未成年人刑事案件，应当查明被告人实施被指控的犯罪时的年龄。裁判文书中应当写明被告人出生的年、月、日。”

如何准确、科学和有效地确定未成年人年龄对各国司法实务界而言并不是很容易解决的问题，因为涉及方方面面的议题。为了减少不必要的延误与司法资源浪费，国际条约与大多数国家与地区均建立了严格而翔实的出生证明制度。在美国，针对未成年人的确切出生时间难题，司法实践中多采用“日之不可分割规则”(indivisible day rule)，只认定行为人出生日午夜

12 点为法律拟制出生时间，而不论其实际出生时间。①

提到刑事责任，便不免会遇到这样的问题，即犯罪人犯罪与偏差时尚未成年，但案发或者被缉拿归案时却已成年，此时适用的程序与实体法律应为少年法还是刑事法，或者两者兼具？对此问题，各国和地区规定略有不同。在美国，虽然各州都为一审少年法院管辖权设定了年龄上限，但这指的是不法行为发生时行为人的年龄。② 换言之，以未成年人犯罪与偏差时的年龄为准，即便其归案时早已成年，其案件仍由少年法院管辖。不过，在涉及凶杀等恶性犯罪时，少年法院可放弃管辖权而由刑事法院审理。③ 我国台湾地区《少年事件处理法施行细则》第 3 条亦规定，少年触犯刑罚法律，于满十八岁后，始经报告、移送或请求少年法院事件，仍由少年法院修正的少年事件处理法相关规定处理。但若犯罪已满二十岁者，少年法院应以裁定移送有管辖权的法院检察署检察官。

需要说明的是，即便未成年人无须承担刑事责任，也并不是说对其行为漠然置之。刑事责任可免并不意味着其他责任的当然免除，也并不意味着政府和社会团体可忽略在救治未成年人方面的其他努力。以澳大利亚为例，未成年人仍然可能被法院施以福利措施，如“关爱与控制令”(care and control orders)及其他有关涉及住所、联络、监督和评议的事项决定。④ 在加拿大亦有类似规定，虽然十二岁以下少年无须承担任何刑事责任，但须由其父母、学校或警方监督；若属较严重的案件，则会按照各省儿童福利法例处理。

四、未成年人刑事责任年龄变化与刑事责任的从轻与减轻

(一)未成年人刑事责任年龄的演化

未成年人年龄界限及其刑事责任年龄的划分标准并非始终如一，而是

---

① Marsh, Toni. (2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. p. 5.

② [美] Peter Kratsoski & Lucille Dunn Kratcoski 著，叶希善等译：《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版)，北京：中国轻工业出版社 2009 年版，第 7 页。

③ 马跃：《美国刑事司法制度》，北京：中国政法大学出版社 2004 年版，第 446 页。

④ Urbas, Gregor. (2000). The Age of Criminal Responsibility. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology, p. 1.

随具体国情和司法民主的发展而不时进行调整，以适应变化着的社会现实特别是未成年人犯罪与偏差现状。以美国为例，1899 年《伊利诺伊州少年法院法》规定该州少年法院可以对任何十五岁或以下的违反该州法律或市法令的问题少年行使管辖权。随着其他州开始建立少年法院，少年法院管辖范围的上限普遍增加到十六岁或十七岁。历史上有些州根据性别的不同而对女性设定了比男性高一些的责任年龄，①尽管这实际上违反了美国联邦宪法修正案中的“平等保护”条款。少年法院对管辖的未成年人年龄变化，反过来也推动刑事（成人）法院对未成年人刑事责任年龄管辖的相应变化。

而以英国（英格兰和威尔士）为例，据《1933 年儿童和青少年法》，这一年龄便被提升为八岁；而在《1963 年儿童和青少年法》（*Children and Young Persons Act 1963*）又被进一步提高为十岁。换言之，十岁以下的未成年人无论实施怎样的恶劣行为，均无须承担刑事责任。这实际上体现了对未成年人的轻刑化趋向。而十至十四岁之间的未成年人对其刑事案件可抽身而退的做法在 1998 年成为历史。据《1998 年犯罪和扰乱秩序法》（*Crime and Disorder Act 1998*），现在英格兰和威尔士地区刑事责任年龄为下限十岁。2003 年起，我国香港地区将原先设定的未成年人刑事责任年龄从七岁提高至十岁。

我国近现代在未成年人刑事责任年龄起算点上亦经历了从十二岁到十六岁的不断演化。《大清新刑律》草案于宣统二年（1910）得以颁布。据《大清新刑律》第 11 条规定，“未满十二岁人之行为不为罪”。同时规定未满十六岁犯罪得减刑罚一等或二等，对未满十二岁人得施以感化教育。民国成立后，将修订后的《大清新刑律》改称为《暂行新刑律》。1928 年，在《暂行新刑律》基础上，北洋政府颁行《中华民国刑法》。其中，将刑事责任年龄由十二岁改为十三岁，并规定十三至十六岁间少年不法行为可减刑一半。七年后，民国政府颁布新刑法，将未成年人刑事责任年龄进一步上调至十四岁。

---

① Gardner, Martin. (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 191.

新中国成立之初,我国曾将十二岁规定为刑事责任起始年龄。1951 年 12 月 5 日发布的《关于未成年人被匪特利用放火投毒是否处罚问题的批复》与 1954 年 9 月 30 日发布的《中华人民共和国刑法指导原则草案(初稿)》等文件中所规定的刑事责任年龄的起点为十二岁。而 1954 年 9 月 7 日发布的《劳动改造条例》第 21 条规定,少年犯管教所管教十三周岁以上未满十八周岁的少年犯。1960 年 4 月,《第五次全国劳改工作会议纪要》指出"对少数反革命、重大盗窃、杀人、放火、年龄较大(十六至十七岁)的强奸幼女或情节恶劣、民愤极大的可以判刑"。而 1979 年颁行的《刑法》规定,"已满十六周岁的人犯罪,应当承担刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人,犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或其他严重破坏社会秩序罪,应当负刑事责任。" 1997 年新修订的《刑法》第 17 条第 2 款规定,"已满十六周岁的人犯罪,应当承担刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任"。

面对不断攀升的未成年人犯罪率与累犯率,国内许多学者呼吁依据变化了的未成年人心智特征,适时降低未成年人刑事责任年龄,以便将更多的问题少年绳之以法。有学者主张应将未成年人刑事责任年龄从十四岁普降至十三岁甚至更低。本书作者对此不敢苟同,赞同维持现行少年刑事责任年龄之划分。① 在美国,十五岁以下从事杀人、暴力及其他重罪的未成年人犯罪有降低之势。据联邦调查局统计,在涉嫌杀人的未成年人中,十五岁以下未成年人占 1961 年逮捕总人数的 9.4%,为历史最高点;而这一比例到 2008 年时已降至 3.3%,为近 50 年来新低。②

---

① 缺乏与刑事司法并行之少年司法及与狭义少年司法并行之儿童福利,贸然降低未成年人刑事责任年龄有饮鸩止渴之疑。未成年人犯罪率之攀升抑或下降,除了与未成年人生理、心理发展有一定关联外,主要还是受到社会经济文化发展、犯罪控制政策等影响与制约。此外,降低刑事责任年龄是否必然导致未成年人犯罪率降低,这仍需较长时间之实证研究佐证。

② Males, Mike and Daniel Macallair. (2010). Are Teenage Criminals Getting Younger and Younger? Exposing Another Urban Legend. San Francisco, CA: Center on Juvenile and Criminal Justice. p. 2.

(二)未成年人刑事责任之减轻

我国古代刑律对未成年人刑事责任减轻有明确规定,如《法经》指出,“罪人年十五岁以下,罪高三减,罪卑一减”。[①] 除了这种自动减刑外,历代更多见的是“赎”,即以金钱赎买罪行,以达到减轻或免除刑罚的目的。但是这种收赎并不是自动给予的,而常以优待方式出现。对于十五岁以下的未成年人来说,若犯罪人身有残疾,官府一般都会同意其收赎。如《唐律疏议》即规定,“诸年七十以上、十五以下,及废疾,犯流罪以下,收赎”。[②]

除了收赎这种形式外,历史上还曾出现“改流”、“免死”等减轻刑罚措施。以《大清律例统考卷》为例,其《窃盗》第二十五条例文中指出,对于旗人中的“积匪”与“猾贼”消去其旗籍,在面部刻上“积匪猾贼”四个字样,处流放新疆等地作为兵丁的奴役。而对于五十岁以上、十五岁以下及残疾人则处刑甚轻,如不发配新疆而改发黑龙江。[③] 而《刑律·贼盗》第二十六、二十七等章节亦有类似对十五岁以下问题少年的特殊照顾处理。

此外,“存留养亲”或“存留承祀”恤刑原则也可在一定程度上减免未成年人刑事责任,尤其是未成年犯罪人为家中独子更是如此。《魏书》曾记载,“主簿李王易驳曰:‘亲法例律,诸犯死罪,若祖父母父母年七十以上,无成人子孙,旁无期亲者,具状上请。流者鞭笞,留养其亲,终则从流,不在原赦之列’。”[④]法史学家张晋藩曾将中华法系特点归结为:德主刑辅,明刑弼教;援法断罪,重惜民命;矜恤老幼孤寡,宽宥残疾废疾;存留养亲,免死承祀。[⑤] 在上述四个特点之中,几乎都与未成年人刑事责任免除、从轻或减轻有密切联系,尤其是“矜恤老幼孤寡,宽宥残疾废疾”、“存留养亲,免死承祀”。

1957 年 4 月 30 日,最高人民法院在《一九五五年以来奸淫幼女案件检查总结》中强调,奸淫未满十四周岁幼女的未成年人犯,应酌情从轻或减轻处罚,甚至不追究刑事责任。现行《刑法》第 17 条规定,已满十四周岁但未

① 《法经·减律》。
② 《唐律疏议·名例》。
③ 《大清律例统考卷》。
④ 《魏书·刑法志》。
⑤ 张晋藩:《人本主义——中华法系特点之一》,载《河北法学》2005 年第 9 期。

满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减刑处罚。《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第12条规定，“行为人在达到法定刑事责任年龄前后均实施了犯罪行为，只能依法追究其达到法定刑事责任年龄后实施的犯罪行为的刑事责任。行为人在年满十八周岁前后实施了不同种犯罪行为，对其年满十八周岁以前实施的犯罪应当依法从轻或者减轻处罚。行为人在年满十八周岁前后实施了同种犯罪行为，在量刑时应当考虑对年满十八周岁以前实施的犯罪，适当给予从轻或者减轻处罚”。我国台湾地区刑法典第18条亦规定，对十四岁以上不满十八岁未成年人的行为，得减轻其刑。

西方历史上对未成年人刑事责任亦大都采取从轻、减轻的处理。成文于5世纪的罗马《十二铜表法》(*Twelve Tables*)即明文规定未成年人应为其所犯罪行承担相应刑事责任，但可以比照成年人减轻处罚。举例来说，成年人若夜间偷盗庄稼便可能被处死，而未成年人则可被鞭笞逃过死刑。又如参与团伙盗窃的成人一旦被拘捕，将获鞭笞，并被罚做被害人的奴隶；而未成年人触及同样行为，则可免遭为奴厄运，代之以肉刑和交付赔偿。①

第二节 未成年人“犯罪与偏差行为”界定

少年不识愁滋味，爱上层楼。爱上层楼，为赋新词强说愁。而今识尽愁滋味，欲说还休。欲说还休，却道天凉好个秋。②

——(宋)辛弃疾(1140—1207)

一、未成年人犯罪与偏差概说

究竟何种行为可以定为“犯罪与偏差”，这并不是一个容易回答的问

① Cox, Steven, John Conrad and Jennifer Allen. (2003). Juvenile Justice: A Guide to Theory and Practice (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p. 4.

② (宋)辛弃疾：《丑奴儿·书博山道中壁》。

题,即便是创设世界第一个独立少年司法体系的美国至今仍尚无定案。除了前节探讨的“juvenile”定义各国有相当大出入外,对“delinquency”怎样限定更是摆在立法者和学者面前的一个世纪难题。“juvenile delinquency”术语可溯及19世纪早期。据考证,1816年在《大都市未成年人犯罪惊人增长原因调查委员会报告》(*Report of the Committee for Investigating the Causes of the Alarming Increase of Juvenile Delinquency in the Metropolis*)中最早使用该词。①

因袭日例,我国台湾地区大都称“juvenile delinquency”为“少年事件”或“少年非行”,亦有学者将“delinquency”翻译为“少年违犯”。而实际上,英美在定义“juvenile delinquency”的范畴时,已超出刑法意义上的犯罪概念,如吸食迷幻药、逃学离家、流浪街头等行为亦属于“juvenile delinquency”,这大大超过我国现行刑法典中需要刑罚制裁的范围。如在联邦法层面,《美国法典》第18章第5031条规定,“juvenile delinquency”系指且案发时未满十八周岁之少年所实施的违反美国法律(若同一行为由成年人实施即构成犯罪)之行为。②

我国大陆学者又通常将其译为“青少年犯罪”或“未成年人犯罪”。本书作者认为似译为“未成人犯罪与偏差”或“少年犯罪与偏差”较妥当:一方面,台湾学者的译法借鉴自日本,离大陆语境甚远;另一方面,我国学术界与实务界亦习惯将“违法”和“犯罪”联系起来使用,尽管使用范围远较这里所谈论的为宽。

《北京规则》通篇未约定少年偏差的具体范围,而是使用“系指按照各国法律制度可由法律加以惩处的任何行为(行为或不行为)”的模糊化处理。尽管如此,通过查阅《北京规则》英文文本关于“juvenile delinquency and crime”的表述,我们仍可发现对这一问题阐述的蛛丝马迹。少年司法所指向的对象有二,其一便是“juvenile delinquency”,其二便是“juvenile crime”或“youth crime”,即通常所说的“少年犯罪”或“未成年人犯罪”。需

---

① Cunneen, Chris and Rob White. (2007). Juvenile Justice: Youth and Crime in Australia (3rd edition). Sydney, Australia: Oxford University Press. p.4.

② 18 U.S.C, §5031.

要说明的是,即便《北京规则》未对未成年人偏差和犯罪作出明确定义,我们仍可从其字里行间揣测其出用意所在。例如,在"总则"中说明有关规定不仅适用于问题少年,而且扩大适用于可能因犯有对成年人不予惩处的任何具体行为而被起诉的少年、所有受到保护福利和教管程序对待的少年及年纪轻的成年犯罪人。不但如此,还特别注明该规则应用于各国法律制度中所称的"身份罪",[1]在这方面少年的违法行为范围较成人为广,包括旷课、在学校和家庭不服管教、公共场所酗酒等。

一言以蔽之,"未成年人犯罪与偏差"不但包括传统刑法意义上的犯罪,还包括那些可能会犯罪、但尚未犯罪的少年偏差行为。考虑到"delinquency"专指未成年人的越轨或偏差行为,且近年来因新保守主义在各国刑事司法领域泛滥而有将其"有罪化"的倾向,本书作者主张将"juvenile delinquency"译为"未成年人犯罪与偏差"或"未成年人犯罪与偏差"。

二、未成年人犯罪与偏差主要术语探悉

(一)"delinquency"考究

关于未成年人犯罪与偏差行为描述,各国学者所使用的名称五花八门,诸如偏差行为、不良行为、虞犯行为与触法行为,极不统一。在英文中,"crime"是明显表明犯罪含义的词汇。除此之外,"deviance"、"deviant behavior"、"delinquency"、"offense"、"sin"等词同样具有部分"犯罪"之义。其中,"deviance"与"deviant behavior"系指"偏差行为"或"越轨行为"、"delinquency"意为"未成年人偏差/犯罪"、"offense"意为"过失/犯罪"、"sin"则系指"原罪"。

这些术语中,运用最为频繁的当属"crime",亦即通常意义上的犯罪概念。然而即使是这个看似简单的概念,了解起来也并不容易。"犯罪"概念包括多层次,至少应含刑法(学)上的犯罪概念与犯罪学的犯罪概念。仅就

---

① 原规则的中文翻译件中将"status offence"翻译为"身份罪"。如本书后文所说明的,对于未成年人而言,少年司法中涉及的"status offence"应属于少年偏差行为,而非少年犯罪,故应翻译为"身份过错"为妥。

刑法上的犯罪概念而言，便有所谓形式定义、实质定义和形式定义与实质定义相统一的定义之分。其中，犯罪的形式定义，指仅仅从犯罪的法律特征给犯罪下定义，并不涉及其本质特征。与之相对应的是犯罪的实质定义，即反其道而行之，指仅仅从犯罪的本质特征给犯罪下定义，并不涉及犯罪的法律特征。鉴于形式定义与实质定义的利弊，不少国家采用形式定义与实质定义相统一的定义。①

依我国《刑法》第13条规定，犯罪必须是同时具备社会危害性、刑事违法性、应受刑罚惩罚性等特征的不法行为。其中，社会危害性，即行为人通过作为或者不作为的不法行为对社会造成一定危害与损失；刑事违法性，即犯罪行为应当是刑法中禁止的不法行为；应受刑罚惩罚性，即犯罪是依照刑法规定应当受到刑罚处罚的不法行为。以上三点共同构成犯罪的基本特征，缺一不可。这其中的刑事违法性对于未成年人犯罪来说颇具指标意义，因为目前司法体制之下是将未成年人犯罪视为普通犯罪，只不过是犯罪人未满十八周岁而已。这里的未成年人犯罪实际上语义更接近英文中的“juvenile crime/youth crime”而非“juvenile delinquency”，尽管两者之间存有交叉。

但与“crime”有所区别的是，上述英文术语还蕴涵与其有所不同的词义，而这些又在浩如烟海的英文法律文献中交错出现，为我们正确理解“delinquency”及其所展现的少年司法制度不可避免地带来诸多困难。如偏差或越轨行为（deviance/ deviant behavior），通常即为违反社会大多数人共同价值观的行为。至于偏差行为的内涵，中外学者莫衷一是。以偏离所谓主流文化的犯罪副文化角度考察，我国台湾学者罗丰良在总结国内外学者对偏差行为定义后，认为其内涵可包括以下几个概念：违反社会规范的行为，即违反社会上大多数人所认同的绝对性规范的行为；偏离正常的行为，即以统计学的观点认为违反常态分布脱离正常的行为；妨碍别人的行为；违反社会期许的行为；违反社会控制的行为；脱离文化标准的行为；个人生理、心理不健康的行为及犯罪行为。②

---

① 参阅马克昌主编：《刑法学》，北京：高等教育出版社2003年版，第82—83页。

② 转引自许福生：《台湾地区少年非行状况与防制策略之探讨》，载《刑事政策与犯罪研究论文集(8)》2006年版，（中国台湾）“法务部保护司”编，第271页。

为诠释模棱两可的概念，最好的出路是寻根究源，尤其是当该词汇作为重要外来语时。不可否认，词汇在历史发展中总会发生这样或那样的语意变化以适应变化了的社会现实。在《伊利诺伊州少年法院法》中，“delinquency”最初被用来指代未成年人刑事案件。而后来外延逐步扩大，涵盖若干可能由未成年人所实施的不法行为，例如离家出走、逃学等等。时至今日，美国许多州均将由未成年人实施的非刑事性不法行为纳入“delinquency”之内。[①]《联合国预防少年犯罪准则》英文文本为“*United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*”，其中中文文本将“delinquency”翻译为“少年犯罪”。[②] 但依目前的发展态势看，“delinquency”与“crime”似有逐步分家之势。[③] 也就是说，在可预见的未来一段时间内，“delinquency”一词可能专门指代于未成年人非刑事不法行为。当然这一术语的具体衍变仍需进一步观察。

《布莱克法律辞典》将“juvenile delinquency”解释为“由未成年人(minor)所实施之反社会行为(antisocial behavior)，特别是若行为人为成人则受刑事惩罚、但未成年行为人通常仅受少年法处罚之行为”。[④]《美国法典》在定义“juvenile delinquency”时，主张其系十八岁以下未成年人违反美国刑法(包括联邦刑法与州刑法)之行为，而该行为一旦由成人实施则可被认定为犯罪(crime)。[⑤] 由此观之，似乎美国立法者将“delinquency”更多视为犯罪。然而实践情况并不尽然。又如《得克萨斯州家事法典》将“delinquent conduct”限定为这样四种行为，亦即：一是违反美国联邦或得克萨斯州刑法而需要入监服刑的不法行为，但交通违规(traffic offense)不在此

① 需要说明的是，《布莱克法律词典》在解释“delinquency”时，认为该词实有两种含义：一是失败(failure)或过失(omission)，及对法律或职责之违反(violation)；二是逾期付款之债务。依该词典，“juvenile delinquency”系属第一种解释。(Garner, Bryan A. (editor). (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p.460.)

② 部分涉及未成年的国际条约的中译本大都存在着不同程度的翻译失真问题，而某些关键术语的误译，造成以讹传讹，《利雅得准则》即为其中一例。

③ McCarthy, Francis, William Patton and James Carr. (2003). Juvenile Law and Its Processes: Cases and Materials (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company. p.157.

④ Garner, Bryan A. (editor). (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p.884.

⑤ 18 U.S.C. §5031, 1997.

限；二是违背少年法院合法令状的行为，但少年法院所禁止的可判处罚金刑行为、离家出走、逃学旷课等则不在此限；三是违反市法院或司法法院(justice court)①法令而构成藐视法庭的行为；四是未成年人醉酒驾车发生的第三起及以后不法行为。②

近些年来由于保守主义在刑事领域的抬头，近乎绝迹的“未成年人犯罪”(juvenile crime/youth crime)在被全新阐释后又重新回到公众视野之中。实际上将“juvenile delinquency”翻译为未成年人犯罪，将其与“juvenile crime/youth crime”等量齐观，颇有混淆概念之嫌。应该说这如实反映出刑法学界与犯罪学界（包括少年司法学界）在定义和规范“juvenile delinquency”方面的尴尬。对于刑法学家而言，其研究重心全部集中在定罪、量刑，特别是前者上；而对于犯罪学家而言，其对“犯罪”概念的理解远较刑法学者宽泛。特别是对于社会危害性较小的犯罪行为，刑法上可能会对其有减轻或免除刑罚的处分规定，但对于犯罪学家而言这丝毫不能消减该行为的犯罪意义。犯罪学家探寻某一越轨行为的兴趣更多在于发现犯罪原因以便找出相应对策。正是对“犯罪”定义的模棱两可，造成认识上的差异。

台湾地区《少年事件处理法》则规定少年司法制度所规制的问题少年包括以下两大类，即犯罪少年与所谓的虞犯少年。前者系有触犯刑事法律的行为者；而后者则是身份过错犯，包括经常与有犯罪习性人交往者、经常出入少年不当进入的场所者、经常逃学或逃家者、参加不良组织者及无正当理由经常携带刀械者。两者合称“非行少年”，这两类少年均被限定为十二至十八岁间的未成年人。而《少年事件处理法》第 85 条亦规定对七至十二岁间的未成年人，一旦其触及刑法则一并适用该法。这一年龄段儿童触犯刑法时，则称为虞犯儿童。但因未满七岁之儿童则无意识能力，这类儿童尚无须承担刑事责任。不过仍需由少年法院遵照少年保护事件规定处理。

值得一提的是“sin”(原罪)这一概念。《圣经》认为人有两种罪，即原

① 司法法院系美国地方法院(州法院系统)初级法院之一种，主要受理小额索赔、违反交通法律等轻微刑、民事案件。

② Texas Family Code. §51.03.

罪与本罪,原罪是始祖犯罪所遗留的罪性与恶根,本罪是各人今生所犯的罪。“原罪”是基督教重要神学命题之一,也是基督教重要教义之一。《创世纪》记载这样一个故事:耶和华将亚当安置在伊甸园后告诫道,“园中各样树上的果子,你可以随意吃。只是分别善恶树上的果子,你不可吃,因为你吃的日子必定死”。然而在蛇的引诱下,亚当与夏娃禁不住偷吃了“禁果”,违背了耶和华的意志。耶和华获悉后大为震怒,大大惩戒了亚当、夏娃与始作俑者——蛇。[①] 在基督徒看来,亚当、夏娃是“亏欠了上帝的荣耀”。至此,人类便因其始祖的罪过而与生具有了原罪,“一种超验的,仅凭人自身无法解脱的深重灾难,它成为人从此步入尘世,生存繁衍、永受诅咒,直到‘归于尘土’的一切根源”。[②] 在其所著《上帝之城》(*De Civitate Dei*)中,中世纪法学家奥里利乌斯·奥古斯丁(Aurelius Augustine,354—430)对“原罪”更是大加发挥。在他看来,人一生下来,在上帝面前就是一个“罪人”。而这罪遗传给后世子孙,为世间罪恶、灾难、痛苦和死亡的根源。既然人无法摆脱这种诅咒或者与生俱来的劣根性,唯有后世加倍行善方有可能死后升入天堂。[③] 基督教对道德高标准的要求无以复加,不但要求身体力行积极行善,而且还要力所能及地推动周边人群向神靠拢。这不但为少年犯境遇改善提供了重要的社会基础,还直接推动了少年法院在美国的成立。鉴于基督教在西方社会的重要地位与教化作用,欧美各国监狱与社区矫正部门都非常重视利用宗教的感化作用进行问题少年的救助工作,而且取得了一定成绩。

(二)“status offense”考究

除了上述偏差行为外,欧美还常常将“status offense”纳入未成年人犯罪与偏差之内,亦有学者将其单列。本书作者主张应将“status offense”译为“身份过错”,即日本和我国台湾学者所称之“虞犯”,国内也有学者将其译

---

① 《旧约·创世纪》。

② 衣家奇:《基督教原罪论对现代刑法的启蒙》,载《法律科学——西北政法学院学报》2006 年第 3 期,第 67 页。

③ 谷春德主编:《西方法律思想史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 83 页。

为“罪错”或“身份罪”，即指未成年人所触犯的特殊违法行为。《北京规则》中译本将其译为“身份罪”，其特点在于该过错的行为人仅为未成年人，成年人实施同样或类似行为，法律一般并不以之为过而对其进行处罚。身份过错只适用于少年，对成年人而言根本就不存在身份过错一说。换句话说，身份过错的“status”特指未成年人的“未成年”特性，表征了其作为未成年人虽生理渐趋发育但心理尚未成熟，这一与成年人不同的特点决定其可能做出某些社会危害性并不严重的偏差行为。但若不及时制止和矫正，未成年人有可能在错误的道路上渐行渐远，最终走上犯罪的不归之路。

身份过错无论是主观恶性、社会危害性等都不能与犯罪等量齐观。实际上，身份过错在未成年人成长过程中似乎都是无法避免的，因为这与未成年人“未成年”这一特定身心发展阶段密切相关。比如某日放学后，少年甲未按时坐公车回家，而是禁不住诱惑与班上同学去了学校附近的游戏厅，玩起了新出市面的网络游戏而通宵未归，这就是典型的身份过错。如系初犯或者偶犯，则大可不必过于劳师动众。但仍需引起家长、学校一定的重视，否则极可能放任自流。鉴于身份过错的常态性和不可避免性，其作为少年司法最常见的偏差行为也就不足为奇了。因而这也应当是未来我国少年司法需特别值得重视和处理的重要内容之一。

在德国，未成年人犯罪（jugendkriminalitaet）有狭义与广义之分。其中前者仅限于违反刑法、应受刑罚处罚的不法行为，而后者除了涵盖上述范围的一些诸如打架斗殴、轻微盗窃犯罪行为外，尚包括逃学、离家出走等越轨行为。[①] 可以看出，德国也有类似美国身份过错的规定，而此类触法未成年人不受刑法制裁。

三、未成年人犯罪与偏差和相关人口、社会因素的关系

不可避免地，未成年人犯罪与偏差与其性别、年龄、社会地位等人口因素存在千丝万缕的联系。

---

① 徐久生：《德语国家的犯罪学研究》。北京：中国法制出版社 1999 年版，第 28—29 页。

(一)性别和未成年人犯罪与偏差的关系

性别与未成年人的人生轨迹及性格养成有一定关联。据对美国总统大选的历史分析,发现总统候选人若有年幼儿子的话,几乎是不可能当选美国总统的;若父亲因忙于竞选而长期不在孩子身边时,男孩相对更容易产生攻击倾向,更容易冲动。[①] 不但如此,犯罪与偏差存在一定联系。总的说来,从事犯罪与偏差行为的主要是未成年男性。

但是近些年来,未成年女性涉足的范围逐步扩大,不但增长迅速,而且绝对数量惊人。以美国为例,1989 年到 1993 年间,对少女实施的逮捕上升了 23%,而未成年男性的这一数字不过 1%。[②] 1992 年至 1996 年,未成年女性因"暴力犯罪指数"(violent crime index)过错而被逮捕的数量增加了 25%,而未成年男性则保持不变。[③] 2000 年未成年女性占所有未成年人逮捕总数的 27%,而在十年前尚不过 22%。[④] 这些数字反映出未成年女性偏差逐步上升的趋势。而在德国,20 世纪 70 年代中期,犯罪嫌疑人男女性别比例尚为 5:1,而到了 1990 年这一比例变为 3:1。[⑤] 值得一提的是,女性犯罪峰值年龄较男性为早,但随着年龄推进其犯罪行为的下降迅速,差距与男性日益缩小。

尽管这些女性犯罪的官方统计数字和研究成果向人们展示了女性犯罪的状况、结构、动态、特征及女性犯罪人的基本特征,但仍不足以揭示女性犯罪的本质与严重性。[⑥] 受制于落后的统计工具及女性犯罪的特殊性,导致女性犯罪在纵向与横向统计上的误差。例如以男性价值观为核心的社会对女性的普遍同情心有可能成为女性犯罪的庇护伞,受此影响,被起诉和被判

---

① 参阅华龙网—重庆晚报:《专家发现 80 年来白宫主人几乎无儿子》,载 http://msn.huanqiu.com/world/roll/2009-01/332710.html,2009 年 1 月 4 日。

② Poe-Yamagata, Eileen and Jeffrey Butts. (1996). Female Offenders in the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 1.

③ Budnick, Kimberly and Ellen Shields-Fletcher. (1998). What About Girls? Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 1.

④ Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 2.

⑤ 徐久生:《德语国家的犯罪学研究》,北京:中国法制出版社 1999 年版,第 236 页。

⑥ 莫洪宪、张鸿巍:《西方女性主义犯罪学的兴起与发展》,载《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期,第 115 页。

刑人的统计数据远比实际发生案件数为少。换言之,女性犯罪黑数[1]要远大于男性。

(二)年龄和未成年人犯罪与偏差的关系

在诸多人口因素中,年龄和未成年人犯罪与偏差的联系最为密切。一般说来,犯罪性(criminality)与年龄成反比,即年龄越大,其违法犯罪的概率呈降低趋势;反之则呈升高趋势。综合国内外的研究,未成年人犯罪与偏差高峰期一般为男性十六至十七岁,女性十五至十六岁。在对 2000 年至 2003 年四年间北京市未成年犯管教所入狱的未成年人犯调查发现,该市未成年人初次犯罪的年龄大多集中在十六七岁。[2] 以四川省为例,2002 年和 2003 年,十六至十七岁犯罪的分别占未成年人犯罪的 47% 和 50% 。[3]

不过上述年龄的划分并不是绝对的,特别是伴随未成年人生理机能、心理成熟程度发育的提前,未成年人犯罪与偏差有低龄化趋势。据初步测算,人的发育比 20 年前至少提前了 2 至 3 年。[4] 我国犯罪学者关颖等人对三千名未成年犯的实证研究表明,各种不良行为滋生的危险年龄为十三至十五岁,十四岁为高发阶段。[5] 对未成年人犯罪与偏差预防与控制的必要性由此可见一斑。

(三)社会、经济地位和未成年人犯罪与偏差关系

尽管身处社会各阶层的未成年人均有可能触法,其分布仍不均匀。20 世纪五六十年代,许多美国犯罪学家对社会地位(social class)与未成年人偏差犯罪间的关系进行了深入研究。这些研究大多表明社会经济地位是造

---

① 犯罪黑数(dark figure of crime)又称犯罪隐数或犯罪暗数,是指一个国家或地区一定时期内,已经现实发生但由于各种主客观原因而尚未被纳入官方犯罪统计的犯罪数量。

② 席小华、金花:《北京市未成年人犯罪实证研究》,载《法学杂志》2005 年第 5 期,第 124 页。

③ 李亚杰:《关注未成年人:失学辍学是未成年人犯罪重要诱因》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-03/04/content_2650544.htm,2005 年 3 月 5 日。

④ 张晓玲:《未成年人犯罪低龄化 法定刑事责任年龄坚冰待破》,载《民主与法制时报》2006 年 3 月 27 日。

⑤ 关颖、鞠青主编:《全国未成年犯抽样调查分析报告》,北京:群众出版社 2005 年版,第 7 页。

成未成年人走向犯罪与偏差的重要因素,生活在贫困中的未成年人更有可能从事街头暴力行为。[①] 持犯罪副文化(criminal subculture)主张的犯罪学者主张,许多成长于下层社会特别是经济窘困的未成年人较易走向犯罪与偏差。1958 年,美国犯罪学家沃尔特·米勒(Walter Miller)在其"未成年人帮派产生之低阶层文化"(Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency)研究中发现,未成年人犯罪副文化根深蒂固于其所在低阶层的生活标准与人生目标。在他看来,低阶层未成年人之违法行为并非全然否认中产阶级价值观,只不过是违反后者价值观体系中某些具体方面而已。[②] 以澳大利亚新南威尔士州为例,据"2003 年被拘留少年健康调查"和"2003—2006 年被处以社区服务令少年健康调查"显示,在该州少年司法体系中的青少年犯罪者,"通常出身贫穷,没有接受良好的学校教育,家庭混乱,参与冒险行为"。[③] 美国的相关研究还发现,来自低收入家庭的孩子,其八岁左右时的家庭经济状况可对其十余岁时的行为(特别是犯罪与偏差行为)有一定的预测性。[④]

然而需要说明的是,社会地位的差异仅仅是促成未成年人犯罪的重要因素,不一定是决定性因素。而且,这种社会经济地位的差异对处于社会底层的未成年人影响远较中上阶层未成年人为大,前者因其相对不利的经济条件与成功几率可能更容易产生恶性犯罪行为,以发泄其不满情绪。

(四)慢性犯罪人和未成年人犯罪与偏差的关系

慢性犯罪人(chronic offender)或称常习犯、惯犯,系指不间断地从事犯罪与偏差行为的某些犯罪人或偏差行为人。20 世纪 60 年代,美国犯罪学

---

① Characteristics of Juvenile Offenders. (2007). Retrieved October15,2007, from http://www.marshall.edu/ sociology/nilles/classes/4535/readings/02characteristics.htm.

② Miller, Walter B. (1958). Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency. Journal of Social Issue. 14, pp. 5 – 19.

③ [澳] 瓦尔达·鲁斯思:《澳大利亚新南威尔士州少年司法部在少年司法系统中的角色》,载《青少年犯罪问题》2009 年第 4 期,第 57 页。

④ Snyder, Howard and Sickmund, Melissa. (2006). Juvenile Offenders and Victims: 2006 National Report. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. U. S. Department of Justice. p. 7.

家马文·渥夫干(Marvin Wolfgang,1924—1998)与其同事对出生于1945年费城9,945名男性的警方笔录进行分析,以研究同生群(birth cohort)青少年的偏差行为。结果发现,35%的男性在其十八岁以前因某些过失而与警方有过至少一次接触,而其余65%的人则从来没有这方面的经历。①

2004年,英国犯罪学家伊丽莎白·怀丁(Elizabeth Whiting)与鲁西·卡布兰迪奇(Lucy Cuppleditch)以一年为期,对十至十七岁问题少年进行跟踪调查。这些未成年人包括受到“前法院安置”(pre-court disposals)、“非羁押法院安置”(non-custodial court disposals)及获释等处理的问题少年。研究发现,2000年其再犯率高达43.3%,而2004年降至41.3%。② 尽管比例有所下降,但在四年这样短促的时间内,仍有超过四成的问题少年不思悔改,重新作奸犯科。亦即,这些研究发现有少数比例的人会不断地重复犯罪,构成了犯罪大军中较为稳定的一部分。

这些未成年惯犯在其成年后是否继续从事犯罪行为还是就此戛然而止呢?国外许多研究表明,尽管未成年人十八岁后继续犯罪或偏差的绝对数量并不多,但是大多数未成年惯犯会成为成年罪犯。渥夫干的另一项研究发现,在974名调查对象中,近半数的惯犯在其十八至三十岁间至少曾被逮捕四次及以上;相较而言,那些未曾有青春期逮捕史的成年人中,仅18%的人在这一年龄段被逮捕过。③

正是因为未成年慢性犯罪人极有可能成为成年犯罪人,因而对其早期鉴别就显得尤为紧迫,所谓风险预警(risk prediction)概念应运而生。早在1928年,美国社会学家欧内斯特·伯格斯(Ernest Burgess,1886—1966)即完成假释决定的预警研究。目前,国外对未成年人犯罪或偏差的风险预警包括暴力行为预警、累犯预警及与缓刑和假释有关的技术性违反预警等几

---

① Wolfgang, Marvin, Thorsten Sellin and Robert Figlio. (1972). Delinquency in a Birth Cohort. Chicago, IL: University of Chicago Press. pp. 244 - 255.

② Whiting, Elizabeth and Lucy Cuppleditch. (2006). Re-offending of Juveniles: Results from the 2004 Cohort. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office.

③ Wolfgang, Marvin, Thorsten Sellin and Robert Figlio. (1972). Delinquency in a Birth Cohort. Chicago, IL: University of Chicago Press. pp. 244 - 255.

种形式。较早对未成年惯犯进行预警的,主要是将“过度活跃症”(hyperactivity disorder,简称ADHD)这一儿童期很常见的精神失调视为其可能犯罪的前兆。日本在《青少年培养方案》这一国策中指出,“针对学习障碍、注意力缺乏(多动症)、自闭症等日益显著的问题,为防止人为的原因使病症加重,使学校和家庭能科学地对待这些患病青少年,除了在婴幼儿时期的健康检查中早发现、早预防外,向各个学校分发保健指导手册,切实有效地开展相关指导、咨询工作”,[①]反映出日本政府在早期预警方面的努力。

四、未成年人犯罪与偏差未来展望

目前在世界主要国家,尤其是在美国,就如何处理未成年人犯罪与偏差意见分歧较大。一方面,对那些屡教不改且犯有重大过错的未成年人,愈来愈多的人主张对其进行“严打”(strike hard),直至将其移送刑事(成人)法院受审,这反映出新保守主义和新犯罪古典主义在未成年人司法政策上日趋主导的社会现实;而另一方面,鉴于身份过错的轻微危害性和少年身份过错犯较小的主观恶性,同时考虑到司法资源有限的现实,亦有人呼吁对身份过错犯及轻微违法的问题少年手下留情,将其从过于正式和官方的司法制度中解救出来,而以非正式的社区处分措施代替刑事处罚。

第三节 身份过错

圣王之治天下也,少则习之学,长则材诸位,爵禄以养其德,刑罚以威其恶,故民晓礼谊而耻犯其上。[②]

——(西汉)董仲舒(前179—前104)

① 转引自共青团中央国际联络部:《日本〈青少年培养方案〉》,载http://www.ccyl.org.cn/bulletin/gjb_gjqn/200611/t20061128_1479.htm,2006年11月28日。

② 《汉书·董仲舒传》。

一、身份过错概说

(一)身份与身份过错概述

除了几无可避免发生的天灾或自然奇观外,任何事件之发生都由一定数量的行为人所完成。但这些人在法律上的地位往往并非完全相同,而可能会因其所处地位与身份而有所不同。在刑法中,成为行为主体的人包括自然人与法人,而前者又往往可分为普通犯与身份犯。顾名思义,“普通犯”即是指任何人均可成为犯罪主体的情形。除此之外,对于某些事实认定上法律还要求行为人具有他人所不具备的某种资格或身份。刑法中的身份是指刑法规定的影响行为人刑事责任的人身方面特定的资格、地位与状态。[①] 所谓身份犯,按照日本刑法界的解释,系指“不仅限于男女性别、内外国人的差别、亲属关系、公务员资格之类的关系,而是指所有的和一定犯罪行为有关的犯人的人身关系即特殊地位或者状态”。[②] 当然,刑法学意义上的身份犯多集中在行为人利用其所在的特定社会地位而实施的某些犯罪行为,特别是在贪污、贿赂及渎职等职务犯罪类型更是如此。不但在定义身份犯时需要考察行为人的特殊身份与地位,而且在定罪量刑时法官会因行为人的这种身份而加重或减轻刑罚。

中华法系中的刑罚归责因人而异,所谓“太子犯法与庶民同罪”[③]在历史长河中常常仅昙花一现,不过一相情愿罢了,大多时候罪责与犯罪人的身份息息相关。即使所触犯刑法的罪行在主观恶性、行为后果等方面大体相当,犯罪人因其社会地位、经济收入特别是其在国家机器或家庭中的地位等个人背景条件而有差别处分,而且在很多时候这种差别相当明显。例如,古代亲疏远近决定了犯罪人获刑的范围,而赎刑的广泛适用更为小部分达官贵人规避刑罚提供了避风港。但是,这并不是说,官居显赫高位或者为人父母就一定会得到赦免、减刑等结果,相反有时候也会被加重刑罚。无论是加

---

① 冯汝义编著:《办理刑事案件流程及罪名适用》(上),北京:中国检察出版社2006年版,第38页。

② 转引自黎宏:《日本刑法精义》,北京:中国检察出版社2004年版,第89页。

③ (汉)司马迁:《史记·商君列传》。

重或减轻乃至免除刑罚的标准总是在不停衍变的，但基本上都遵循着最大限度地维护礼法章程的目的。

本书作者借用此种刑法学意义上的身份犯，意在说明未成年人犯罪与偏差的特殊性。除了通常意义上所说的未成年人犯罪与偏差（这里取狭义上的未成年人犯罪与偏差含义，即所谓的由未成年人实施的、其犯罪构成要件除了年龄外均与成人相当的犯罪行为）外，未成年人所从事的绝大多数偏差行为性质较成人犯罪为轻，是仅限于未成年人这一特点生理、心理所决定的越轨行为。

国外与我国台湾地区少年法院普遍适用“身份过错”或“虞犯”来指代未成年人所实施的、而如成年人实施相同行为则不会被认为是犯罪的违法行为。需要说明的是，身份过错只适用于问题少年，[1]对成年人而言根本就不存在身份过错一说。按照美国少年司法理论，身份过错通常被认为是“无被害人”（victimless）的，只对行为人本身有害。这些行为一般都不在成人法院的管辖范围之内，因而不会招致刑事处罚。这样的问题少年被称为身份过错犯（status offender），也就是被指控违反了专门只适用于少年行为法规的未成年人。身份过错犯的某些作为（action）或者不作为（omission）被认为是身份过错，例如逃学、饮酒吸烟、离家出走及流浪街头等等。规制少年法院的法律通常授权少年法院管辖这些“问题少年”（troubled youth），即使他们的这些作为或不作为可能还没有达到或产生危险后果。

身份过错在美国招致诸多批评。首先，基于“纯身份”（pure status）的分类，少年法院在此类案件的管辖上并不是很注重未成年人具体行为，法律文书的叙述上往往亦含糊不清，因而招致诸多非议。其次，很多学者认为这一做法违反了联邦宪法中的平等保护条款，致那些未犯罪的未成年人被送至少年法院受审。而若成人做同样的行为，却不会被刑事（成人）法院所处理。面对这些攻击，身份过错的支持者反驳说，不同于成年人，偏差少年亟须监督和控制，即便是那些看起来犯有微小过失的未成年人。维持少年法院对身份过错的管辖权，这乃“国家亲权”理论所然。对身份过错的另一个

---

① Rubin, Ted. (1985). Juvenile Justice-Policy, Practice and Law (2nd edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

批评是其在执行中存在的性别歧视。历史上,美国某些州对所管辖未成年人的年龄上限依据性别不同而有所差异,在比男孩年龄小的情况下,女孩更有可能被送至少年法院处理。[①] 即使后来法院对这些年龄规定上的差异作了统一,但是其他方面的歧视和不平等依然存在。

至今为止,美国联邦最高法院对各种反对身份过错的指责不屑一顾。但是许多学者认为,身份过错是美国少年法院运动中不和谐的一笔。因为少年法运用了模糊语言,进而导致各种对歧视的指责。不但如此,并没有足够的证据表明针对身份过错少年所作的处理结果对于未成年人的更生重建有明显的效果。凡此种种,现在不断有呼声要求废除身份过错制度,转而通过非司法的社会福利机构对这类未成年人进行自愿性处理。

(二)身份过错的发展——以美国为视角

《伊利诺伊州少年法院法》最初并没有确立少年法院对身份过错犯的管辖权限,只是对一般少年偏差行为明确了管辖权。而这些行为基本上与相应的成年犯罪无异,如抢劫罪和盗窃罪等等。但在两年后的 1901 年,身份过错被定为少年偏差行为。很明显,少年法院将身份过错纳入其管辖范围,实际上扩大了对未成年人的管理权限。与传统上的少年偏差相比,身份过错犯的外延更为宽广,而且涉案未成年人数量更为巨大。

从 20 世纪 60 年代末至 70 年代,美国出现了对身份过错“除罪化”、“除刑罚化”及“除机构化”的呼声。“除罪化”又称“非刑事化”,是指透过刑事立法手段,就特定行为减少或废除其刑事惩罚的做法与程序,其对立面便是有罪化(criminalization)。除罪化通常反映社会对某一行为负面评价的水平与标准,一般通过制定、修改、中止或解释法律等方式达成。当然除罪化与有罪化并非截然相对,在一定条件下可以实现互换。作为社会对某一行为评价的最低标准,除罪化与有罪化均难以在短时期内反复操作。历史上,同性恋、双性恋、娼妓都被视为严重犯罪而被严厉处罚,而如今这些做法早已退出历史舞台。即便对某一行为实现除罪化,仍不必然

① Chesney-Lind, Meda. (2001). Are Girls Closing the Gender Gap in Violence? Criminal Justice Magazine, 16(1).

表明行为人不需承担任何责任。除罪化，尚只是减少或免除刑事处罚，而该由行为人承担的其他责任，如民事赔偿责任等仍需依案情决定是否适用。

所谓“除机构化”，是指虽触犯身份过错，但却不由少年法院处理，而由其“分流”至少年司法系统以外的福利机构予以处理。之所以提出除机构化的概念，源于这样的认知，即身份过错犯罪性较小，且将其交付福利机构或父母双亲管教可取到事半功倍的效果。动辄以刑罚、监禁等机构性处分，不但劳民伤财，还有小题大做之嫌，无疑给未成年人过早贴上负面标签。

（三）身份过错的处理

如何处理身份过错犯引发广泛争议，并非每个国家都对各种身份过错行为均逐一处理。在某些国家，立法者通常会依据各国的历史现状、风俗习惯作出相应不同的管制，只是将其中某些特定行为进行处理，而其他行为由少年法院转至儿童福利部门。

在美国，1996 年处理的 162,000 起身份过错案件中，被安置处分与未进行安置处分的案件几乎各占一半，分别占了 52% 与 48%。而在安置处分中，运用最多的便是缓刑（49,700 起），其次是其他惩罚（20,000 起）、机构处分（11,600 起）及释放（2,300 起）等等。而在未经安置处分的案件中，62% 的案件被驳回，其次是其他惩罚（20,500 起）、缓刑（8,600 起）及机构处分（200 起）。[①] 不难发现，机构处分在身份过错中运用较少。

二、身份过错分类

（一）身份过错类型

要将身份过错进行分类并不是件容易的事。美国犯罪学家巴利·弗拉瓦斯（Barri Flowers）在其所著《青春期犯罪人：对今日问题少年之探寻》

① Stahl, Anne. (1999). Offenders in Juvenile Court. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

(*The Adolescent Criminal: An Examination of Today's Juvenile Offender*)中将身份过错划分为三个基本类别:一是家事违犯(familial offenses),包括离家出走(running away)、难以管束(un-governability)、不服管教(disobedience)等情形;二是法令违犯(ordinance violations),包括逃学(truancy)、深夜晃荡(curfew)、饮酒及吸烟(liquor and tobacco)等情形;三是猥亵违犯或称背德违犯(immoral offenses),包括恣意妄为(waywardness)、桀骜不驯(incorrigibility)及乱性(sexual promiscuity)等情形。[①] 美国联邦司法部“少年司法和少年偏差预防署”将身份过错分为四个种类:离家出走、逃学、不服管教及低龄饮酒(underage liquor law violations)。而密歇根州规定少年法院可以管辖下列身份少年:无故离家出走、长期不听从父母和其他监护人合法管教的未成年人;长期与坏人往来、生活浪荡的未成年人;长期旷课或违反校规的未成年人;一贯好逸恶劳的未成年人及经常光顾酒吧的未成年人。我国台湾地区《少年不良行为及虞犯预防办法》第 13 条详细罗列了所谓“不良少年”所从事的不良行为,包括:与有犯罪习性之人交往;出入妨害身心健康场所或其他少年不当进入之场所;逃学或逃家;无正当理由携带具有杀伤力之器械、化学制剂或其他危险物品;深夜游荡;对父母、尊长或教师态度傲慢,举止粗暴;于非公共场所或非公众得出入之职业赌博场所,赌博财物;以猥亵之言语、举动或其他方法,调戏他人;持有猥亵图片、文字、录像带、光盘、出版品或其他物品;加暴行于人或互相斗殴未致伤害;无正当理由跟踪他人,经劝阻不听;藉端滋扰住户、工厂、公司行号、公共场所或公罪得出入之场所;吸烟、嚼槟榔、饮酒或在公共场所高声喧哗;无照驾驶汽车、机车及其他有妨害善良风俗或公共序行为。总的来说,身份过错行为包括非法性行为、低龄吸食烟酒、不服从父母或监护人管教、离家出走、宵禁违反及辍学。

尽管我国尚未有明确规定身份过错制度之立法,但现行法律仍有不少这方面的规定。公安部在 1995 年 10 月 23 日通过的《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第 8 条即规定,所谓未成年人违法犯罪案件系指

---

① Flowers, Barri. (1990). The Adolescent Criminal: An Examination of Today's Juvenile Offender. Jefferson, NC: McFarland & Company. p. 42.

以下六类案件:已满十四岁不满十八岁的人犯罪,需要追究刑事责任的案件;《刑法》第14条第4款规定由政府收容教养的案件;已满十六岁不满十八岁的人予以劳动教养的案件;已满十四岁不满十八岁的人违反治安管理规定,予以治安处罚的案件;十八岁以下未成年人的收容教育案件及十八岁以下未成年人的强制戒毒案件。而《未成年人犯罪预防法》第14条列举的未成年人不得有的不良行为大体上与欧美身份过错范围相当,可视为未来我国少年司法对未成年人身份过错范围:旷课、夜不归宿;携带管制刀具;打架斗殴、辱骂他人;强行向他人索要财物;偷窃、故意毁坏财物;参与赌博或者变相赌博;观看、收听色情、淫秽的音像制品、读物等;进入法律、法规规定未成年人不适宜进入的营业性歌舞厅等场所及其他严重违背社会公德的不良行为。该法第34条又规定,"严重不良行为是指下列严重危害社会,尚不够刑事处罚的违法行为:纠集他人结伙滋事,扰乱治安;携带管制刀具,屡教不改;多次拦截殴打他人或者强行索要他人财物;传播淫秽的读物或者音像制品等;进行淫乱或者色情、卖淫活动;多次偷窃;参与赌博,屡教不改;吸食、注射毒品及其他严重危害社会的行为"。两相比较,不难发现"旷课、夜不归宿"、"偷窃、故意毁坏财物"及"进入法律、法规规定未成年人不适宜进入的营业性歌舞厅等场所",两条法规措辞轻重有所不同,第14条重在"严重违背社会公德的不良行为",而第34条则强调"严重危害社会的行为"。立法上的模棱两可不免让执法者心存疑虑,毕竟区分"严重违背社会公德的不良行为"与"严重危害社会的行为"在实践中并不容易。下文将就几类主要身份过错简述之。

(二)身份过错的具体种类

1. 逃学

康有为(1858—1927)在《公车上书》提出挽救民族危亡的策略,其中便有提升教育的主张:"富而不教,非为善经,愚而不学,无以广才,是在教民。"未成年人乃国家发展之根本,人才对民族兴衰、国家昌盛举足轻重,各国无不对教育投入较多心血。相应地,各国不但在经费投入、人员培训、场地供给等方面不遗余力,在严管未成年人辍学、旷课等方面亦加强管理,以期尽量杜绝。

面对来自家庭、学校甚至邻里在学业、情感及经济等方面的有形或无形压力,未成年人难免会不时产生一定的厌学情绪。据称,每天全美大致有多达20万起逃学事件发生。[①] 研究资料表明,逃学已然位居美国十大教育问题之列,并系未成年人犯罪与偏差重要参考指标之一。[②] 1995—1997年间,我国台湾地区学生的辍学率从3.02% 到3.32%不等。[③] 大陆地区情况亦不乐观,以上海为例:1996年秋,该市初中、高中各招生186,315人和53,497人,三年后毕业生人数分别为179,486人与53,317人;也就是说有6,829名初中生与180名高中生未能如期毕业。[④]

逃学(truancy)又称旷学、辍学、逃课或旷课[⑤],系指未成年人在应接受义务教育期间,无故提前离开学校的行为。1999年,台湾地区教育主管部门在《国民中小学中途辍学学生通报办法》中指出,“在任何一个求学阶段的学生,在未完成该阶段之学业以前,除死亡及出国转出外,未经请假达三天以上,或转学而未向转入学校办理注册者,视为中途辍学”。

对辍学、失学问题之关注并非小题大做。虽然它们与犯罪与偏差关系究竟如何尚需实证资料进一步研究,但不言而喻已然成为导致未成年人犯罪的重要原因。实际发生的许多未成年人犯罪与偏差案件,或加害人系失学、辍学生,或曾经辍学。逃学之余,此类未成年人群往往上网、群架、电玩、桌球、赌博等样样皆蒲,由此引发吸毒、抢劫等恶性犯罪与偏差屡有发生。对此,美国有犯罪学家指出,“逃学是犯罪的幼稚园”。[⑥] 英国犯罪学家菲力普·霍迪森(Philip Hodgson)与大卫·韦伯(David Webb)2005年所作的一

① Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.45.

② Dalun Zhang, Antonis Katsi Yannis, David Barrett and Victor Willson. (2007). Truancy Offenders in the Juvenile Justice System Examinations of First and Second Referrals. Remedial and Special Education. 28(4), p.244.

③ 转引自邓煌发:《辍学少年之家庭与社会学习因素的比较分析》,载(中国台湾) http://www.tosun.org.tw/ database/Data/辍学少年实证研究.htm,2006年12月22日。

④ 董小苹、程福财:《都市里的辍学青少年——以上海为例》,载《青年研究》2003年第8期,第1页。

⑤ 我国台湾地区又称之为中途辍学,简称中辍。

⑥ 转引自林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版,第303页。

项关于学校开除与未成年人犯罪的实证研究颇有新意。他们发现,20世纪90年代,英格兰和威尔士地区被学校永久开除的未成年人数量急剧增加,从1990/91学年的2,910人飙升至1996/97学年的12,700人。作者以自我报告(self-report interview)形式与56位被开除的未成年人访谈,结果显示40位已经涉足犯罪,而其中36位更表示其在首次被开除后即卷入犯罪漩涡。[①] 当然这项研究样本显得过小,但对于了解辍学,特别是开除与未成年人犯罪不无裨益。关颖等人对我国10个省市3,000名未成年犯的抽样调查发现,其中"文盲"占3.3%,"小学没毕业"占22.5%,"初中没毕业"占46.4%,"初中毕业"占10.8%,"高中或中专没毕业"占4.8%,"高中或中专毕业"占0.9%,其余占0.3%。[②] 据湖南省未成年犯管教所调查之资料显示,从2003年1月至2004年4月,该所共收押未成年犯886人,其中初中文化的占66.8%,小学文化占28.5%,高中层次占3.4%,文盲占1.3%。[③] 这两项结果均显示具有初中或以上文化的未成年人,其犯罪与偏差的可能性呈下降趋势。

失学时间越长,对未成年人身心发展越不利,也会为其在日后从事犯罪或偏差行为埋下隐患。1991年1月至1994年8月间,中美学者联合对云南省陇川县部分十八至二十九岁男性青年进行吸毒风险因素研究。结果发现,尽管每年新吸毒者发生率在1991年至1993年间呈逐年上升态势,但这一趋势在与"上学年限"进行比较时出现不同特点。在就学7年以下经历的青年中,其吸毒率为20.8%;7至9年就学经历的则显著下降至11%;至于10年以上就学经历的青年,其吸毒率仅为5.6%。[④] 由此看出,就学时间长短与吸毒率存在反比关系,即上学时间愈长,其吸毒的可能性愈小。来自美国的研究还表明,高达44%的青少年暴力犯罪发生在早晨8:30至13:

---

① Hodgson, Philip and David Webb. (2005). Young People, Crime and School Exclusion: A Case of Some Surprises. Howard Journal of Criminal Justice, 44(1), pp. 12-28.

② 关颖、鞠青主编:《全国未成年犯抽样调查分析报告》,北京:群众出版社2005年版,第19—20页。

③ 邹大虬:《当前未成年人权益保护调查及对策研究》,载《广东青年干部学院学报》2005年第2期,第21页。

④ 吴尊友等:《云南省陇川郡男性青年吸毒危险因素分析》,载《中华流行病学杂志》1999年第1期。

30之间，罪犯都是不上学的学生。①

在逃学问题处理上，各国政府在采用社会福利模式还是司法模式上莫衷一是，分歧较大。从社会关爱与政府责任角度出发，义务教育(compulsory education)是几乎所有国家奉行的金科玉律。② 古希腊哲学家柏拉图(Plato，约前427—前347年)在其《理想国》(*The Republic*)中曾在西方知识界最早提出“义务教育”。

环顾四隅，各国无不制定义务教育法，倾尽国力倡导尊师重教，日本在“明治维新”及二战后两次迅速崛起与其强力推进义务教育、提高国民素质有直接关联。很大程度上来说，义务教育法就是未成年人接受教育的强行法。《利雅得准则》等国际条约把教育摆在极其突出重要的地位，认为在未成年人犯罪与偏差防控中，教育起着不可替代的作用。例如，《利雅得准则》第47条即要求各国政府应“向青少年提供机会，使其可继续接受全日制教育，若父母或监护人不能供养，则应由国家提供经费，并且得到工作的锻炼”。《儿童权利公约》第28条要求各缔约国“实现全面的免费小学教育”，“采取措施鼓励学生按时出勤和降低辍学率”。

欧美发达国家强力推动强制入学。以美国为例，马萨诸塞州是全美首个强制入学法通过的地方。1852年，该州议会通过了逃学法案，首次将逃学列入身份过错之列。而到了1918年，全美所有的州都制定有逃学法案，强制适龄未成年人必须入学接受教育。《全美中辍防范法》(*National Dropout Prevention Act*)、《有教无类法》(*No Child Left Behind Act*)等法律先后出台，为防范未成年人逃学提供了坚实的法律保障。2010年，联邦少年司法顾问委员会向总统及国会建议修订《有教无类法》，以鼓励学校需求替

---

① The School District of Philadelphia. (2004). Truancy Support Center-Chinese. Retrieved January 18, 2007, from http://www.phila.k12.pa.us/offices/ofeles/downloads/truancy_CH.pdf. p.2.

② 义务教育又称“免费教育”(free education)，本书作者认为英文“compulsory”似以译为“强制”较妥。由此，“强制教育”强调政府在推动未成年人入学、接受基础教育等方面责无旁贷，甚至通过警方、检方及法院等强力机构予以落实强制入学(compulsory school attendance)，体现出浓郁的“国家亲权”精神。20世纪初，晚清政府《奏定学堂章程》(旧称“癸卯学制”)等文件亦使用了“义务教育”及“强迫教育”等词，两者互通互换。特别是在《奏定学堂章程》之《学务纲要》中还明确写道：“东西各国政令，凡小儿及就学之年而不入小学者，罪其父母，名为强迫教育。盖深知立国之本全在于此。”

代方式应对调皮捣蛋的学生(disruptive students)而非将其转介至少年司法体系之中。① 在经济受重创情形下,日本二战结束后仅两年便实施9年免费义务教育。而德国、法国、韩国等国家的崛起亦与其重视教育息息相关。

在1970年的"全美少年法院法官理事会"(National Council of Juvenile Court Judges)上,联邦法官告诫与会者,为取得对逃学者的管辖权,少年法院应该有所作为;因为若不做,就没有其他人理会这些看似琐碎实则重要的案件。许多州尝试通过建立全新的少年法院渠道来解决日益严重的未成年人逃学与辍学问题。例如在罗得岛州,该州家庭法院系统新设有"逃学法庭"或"旷课法庭"(truancy court),目的在于避免逃学少年过早正式进入少年法院系统。② 1999年9月,该州首家逃学法庭在普罗维登斯市"希望高中"成立。逃学法庭在该州已遍地开花,先后在33个社区成立,服务150多所学校。仅在2005/2006学年,便有2,275年名未成年人被逃学法庭提堂。③ 按照程序,一旦法庭接到未成年人逃学的呈报,当即记录在案,并在两至三周内开庭审理。逃学法庭会询问逃学少年及其父母、旷课督学(truancy officer)及治安法官(magistrate),并就逃学问题寻求妥善解决方案。参加人必须签署《弃权表》(*waiver of rights form*)。逃学法庭的法官负责初步提审(initial arraignment)、解释法庭程序及提供给孩子和家长建议等事项。若逃学少年遵守这些条款,法官将不时予以表扬与鼓励,反之则可能批评或惩罚。④ 设于宾夕法尼亚州费城教育局的"挽救旷课学生中心",在处理和解决逃学旷课方面有新的尝试。该中心设有24小时报告旷课的热线

---

① Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. (2010). Federal Advisory Committee on Juvenile Justice Annual Report 2010. Washington, DC: Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. p. ix.

② Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 46.

③ Rhode Island Family Court Truancy Court. (2007). Rhode Island Family Court Truancy Court Program. Retrieved April 13, 2007, from http://www.courts.state.ri.us/truancycourt/default.htm.

④ 从宏观上看,包括教育在内的儿童福利与狭义之少年司法(少年刑事司法、少年行政司法与少年民事司法)互为补充,共同构成广义之少年司法。其中,儿童福利除了为少年刑事司法、少年行政司法及少年民事司法提供非司法性救助、援助、辅导、关爱等措施外,亦依托后者强力推进未成年人教育、医疗、卫生等各项少年福利事业的实现,两者均为现代少年司法应

电话215—299—SAFE。在警方全力配合下，费城教育局就不同旷课少年提出相应解决方案。具体说来，若在学校附近发现旷课学生，即可将其直接送回学校就读。学生被遣返回校后，校方立刻与学生见面，同时向家长或监护人通报旷课情况。为向家长提供专家建议，所有长期旷课的学生都将移送“旷课法庭”处理。校方旨在通过与学生及家长通力合作，建立一套确保该生坚持每天上学的行动方案。若在离学校较远的地方及在市中心以外的区域发现旷课学生，由警方依据处理旷课的调度员的意见送到就近的学校或者旷课中心。有关工作人员将立刻与学生见面，同时向家长或监护人通报旷课情况。家长或监护人可到旷课中心或学校来接子女，如无法来接，旷课学生将留在中心或学校，直到放学时间再送回家。至于在市中心及周边区域发现的旷课学生，将由警方直接送到旷课中心。工作人员将立刻与该生见面，同时向家长或监护人通报旷课情况，并且向学生所在学校通报该生所处地点。家长可以到中心来接孩子，否则该学生就在该中心上数学和英语课，直到放学为止。①

若未成年人故意逃学，将可能会被警方拘捕，被拘留在州级未成年人安置机构，除非家长将其领回并许诺严加看管。“子不教、父之过”，逃学少年的父母亦难逃其咎。在某些州如弗吉尼亚州和亚利桑那州，逃学少年的父母更可能为其子女行为支付罚款甚至有牢狱之灾。

与美日等发达国家相比，我国在强制入学与义务教育方面走过了相当曲折的道路。1946年《中华民国宪法》第160条规定：“六岁至十二岁之学龄儿童，一律受基本教育，免纳学费。其贫苦者，由政府供给书籍。”1956年1月，教育部印发的《十二年教育事业规划纲要》提出七年内在全国基本上普及义务教育。1986年7月1日开始实施的《义务教育法》第10条规定，国家对接受义务教育的学生免收学费，国家设立助学金，帮助贫困学生就

有之义。仅以未成年人义务教育为例，依“身份过错”的本义，未成年人的“未成年”身份决定了国家要求未成年人必须接受强制教育，并通过警察、检察、法院及矫正等部门强力予以确保。近年来，国内对少年司法的研究、探索及实践大多将主要注意力过多集中于对狭义少年司法特别是少年刑事司法上，忽略了儿童福利对于完善少年司法不可或缺的作用，特别是以狭义少年司法所依托的国家强制力贯彻、落实、推进儿童福利之发展。

① The School District of Philadelphia. (2004). Truancy Support Center-Chinese. Retrieved January 18, 2007, from http://www.phila.k12.pa.us/offices/ofeles/downloads/truancy_CH.pdf. p.2.

学。随后出台的《义务教育法实施细则》第17条规定,“实施义务教育的学校可收取杂费”。尽管学费得以免除,沉重的杂费负担及名目繁多的乱收费对许多地区低收入家庭仍是不小的障碍,未能从根本上解决入学难、读书难的困境。三十余年改革开放不但为中国社会转型提供了原动力,也带来一些不可忽视的负面影响。例如数以千万计的农民背井离乡外出务工时,受限于目前城乡二元制结构,他们中的大多数尚无力将子女带至城市,作为“留守儿童”的子女们缺乏足够的亲人关爱,加上不时灌输的读书无用论,辍学并不罕见。

总结以往经验教训,《未成年人保护法》第9条规定,“父母或者其他监护人应当尊重未成年人接受教育的权利,必须使适龄未成年人按照规定接受义务教育,不得使在校接受义务教育的未成年人辍学”。从2006年起我国开始对西部农村地区实行真正免费义务教育,对于特别贫困的儿童还提供免费书本及生活补贴,此项惠民政策2008年推广至全国。而这将在很大程度上缓解因经济压力所带来的失学(辍学)问题,对于解决未成年人失学(辍学)带来一线曙光。依据2006年6月29日新修订后颁行的《义务教育法》第2条规定,“义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育,是国家必须予以保障的公益性事业”。此外,“国家贫困地区义务教育工程”、“西部教育开发工程”、“希望工程”和“春蕾计划”等助学工程的实施,也为保障贫困地区、少数民族地区儿童就学权利起到了积极作用。

除了强制入学与免费教育外,定期考勤、批评教育、督导等方式都可促进未成年人如期入学。尽管学校是监管未成年人入学的主要机构,这并不意味着其父母或监护人及有关政府机关可以置身事外。我国《未成年人犯罪预防法》第16条规定,“中小学生旷课的,学校应当及时与其父母或者其他监护人取得联系”。我国台湾地区《儿童及少年性交易防治条例》第11条规定,“国民小学及国民中学发现学生有未经请假、不明原因未到校上课达三天以上者,或转学生未向转入学校报到者,应立即通知主管机关及教育主管机关。主管机关应立即指派社工人员调查及采取必要措施”。其教育主管部门建立“预警认辅”制度,设置多元中途班,提供“受辅学生适性教育”。

2. 离家出走

离家出走(runaway)又称“翘家”,是指未成年人在未获得父母或其他

监护人同意的前提下离开家庭或监护的行为。离家出走形式较多,包括未告知父母即离家及数日乃至数年不着家门。英国社会排外机构将离家出走未成年人定义为,十八岁以下在未获得允许的情况下离开家庭或监护,在外度过至少一晚者,或受父母或看护人胁迫离开者。据估计,英国每年大约有77,000名十六岁以下未成年人离家出走,而离家出走在十三至十五岁未成年人中更为普遍。[①] 美国仅2005年便大约有20万起离家出走事件发生。[②] 而这尚且只是报告至警方的数字,实际出走案数与人数可能更高。

离家出走的未成年人大多都能自行回家,有些则需要家长借助警方力量将其领回。尽管如此,尚有为数不少的未成年人从此在其父母视线与社区中永远消失,或四处流浪,或自愿或被迫加入黑社会团伙从事不法行为。为重新找回那些不愿回家的未成年人,其监护人、非政府组织及政府都绞尽脑汁。例如在美国,有许多机构都从事寻找失踪未成年人人口,特别是离家出走的未成年人的工作。此类失踪人口信息通常由各州予以公布,目的在于引起公众重视,并借此发现离家出走少年的行踪。例如加油站作为美国普通公众生活中最为重要的公共场所,其收据背面经常被用作刊登未成年人失踪的广告,为重新寻回未成年人提供了潜在的可能性。而在联邦一级成立有“全美失踪、绑架、离家出走与遗弃孩童事件研究”机构(National Incident Studies of Missing, Abducted, Runway, and Throwaway Children,简称NISMARTC)。

离家出走原因复杂,难以只言片语简单概括。1989年,台北市少年辅导委员会将少年逃学与离家出走的原因总结为八点,颇具指标意义:“青少年追求独立自由,寻求刺激、新鲜、好玩、冒险等心理寻求的满足;青少年流行文化强调离家出走才是英雄好汉、才能表现自己的能力;无法达到家人期盼,或违犯家规或法令,害怕被处罚或被报复;家庭破碎,父或母经常不在,家中没人气,心中空虚,需要外界友伴支持;父母虐待、忽视、漠不关心、拒绝、放任、偏心、管教无力或不当,青少年对家庭产生排斥或逃避;父母婚姻不协调,

---

① 《英国青年工作基础数据研究》,载 http://www.acyf.org.cn/07lhhzw/zlk/qnzc/200710/t20071011_599158.htm,2007年10月11日。

② 转引自 Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.44.

家庭气氛紧张，家人沟通不良，在家感受不到温暖与接纳，对家庭生活感到厌倦；父母亲职业不正当，或家庭成员有犯罪行为，对青少年产生模仿的负面效果；结交异性朋友，进而离家同居，追求独立生活与自由的满足。"①

一般认为，执意离家出走的未成年人存在某种程度的心理问题。一旦不能从家人中获得期许的慰藉，这些未成年人便可能离家而与那些情投意合的人为伴。这类未成年人可能陷于一时激愤或消沉，或因与父母争吵，或因学业不尽如人意而选择离家出走以期获得短暂疏解，但有限的社会经验和窘迫的经济状况可能将其推向犯罪与偏差的不归路，或者交友不慎，受到欺诈与蒙蔽。而在我国，被拐、传销、卖淫、贩毒等都可能成为离家出走的副产品。我国《预防未成年人犯罪法》第20条规定，"未成年人的父母或者其他监护人对未成年人不得放任不管，不得迫使其离家出走，放弃监护职责"、"未成年人离家出走的，其父母或者其他监护人应当及时查找，或者向公安机关请求帮助"。

3. *深夜晃荡与游荡*

深夜晃荡（curfew）又称宵禁违反，是指未成年人违反有关法律深夜在外游荡的不法行为。乍一看，似乎宵禁违反应当是那些国内局势动荡不安的法域的常态，或者至少是某一区域处于非常时期的不得已之举，比如说因足球流氓闹场引发骚乱而进行的全城戒严。某些时候，宵禁也可被用来约束未成年人的夜间活动，以减少可能出现的危险行为或不法行径。② 传统上来说，对未成年人实施宵禁与否原本是家庭内部的事情，父母对此具有绝对的权威。应对未成年人犯罪与偏差的攀升、父母监护的弱化及社会发展的潮流，由政府出面进行宵禁也屡见不鲜，在美国更有扩大的趋势。③ 今天美国80%的10万人口以上大城市与75%的1万至10万人口的中等城市

---

① 郑瑞隆：《青少年暴力犯罪之成因：家庭因素》，载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》，台北：五南图书出版公司2002年版，第94—95页。

② 身份过错将夜不归宿等未成年人常见行为界定为偏差行为实有必要，因未成年人"未成年"身份，其接受父母管教及义务教育为亲权及国家亲权应有之义。为了确保未成年人身心健康发展、避免过多接触不良文化影响以及养成规律性作息习惯，许多国家及地区将深夜晃荡与游荡确定为身份过错，并以宵禁等法律明文禁止之。

③ Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 563.

都有未成年人宵禁立法。①

除了美国,英国、日本等国也制定有相关法律明确对未成年人实施宵禁。如英国《1998年犯罪和妨害治安法》规定在特定地区,十岁以下未成年人不得在晚上9时到早上6时碰面。在此基础之上,英国政府于2004年1月颁布法令,授权各地方政府可规定十六岁以下未成年人晚上9时之后不得出门,除非有成人相伴,否则警方有权将其带回家。尽管面对人权组织强力质疑,内政部为其政策辩护说,宵禁令仅允许用于经常发生暴力或人身侵犯案件的地区,目的是为了保证未成年人安全,事实证明该做法非常有效。地方政府或警方可向英国内政大臣申请“当地儿童宵禁”(local child curfew)。一旦批准,宵禁最多可持续90天,并只适用于十六岁以下儿童。2004年7月起,日本东京实施《东京都青少年健康成长条例》。除学习等特殊原因外,该条例规定在晚23时至次日凌晨4时这一时间内,禁止十六岁以下少年离家外出,对违反此规定的学生家长进行处罚;确定深夜禁止青少年入内的娱乐行业设施,包括卡拉OK厅、网吧、漫画茶室、影院、剧场、保龄球场等,发现违规者,将对经营者处罚30万日元以下的罚款。②

我国古代宵禁制度起源较早。《周礼》列“司寤氏”一职,“掌夜时,以星分夜,以诏夜士夜禁,御晨行者,禁宵行者、夜游者”。③ 专门负责夜禁事宜。此后历代均设有宵禁制度,但大都并不是专门针对未成年人的,且夜禁甚严。《唐书》载:“日暮,鼓八百声而门闭;乙夜,街使以骑卒循行叫謼,武官暗探;五更二点,鼓自内发,诸街鼓承振,坊市门皆启,鼓三千挝,辨色而止。”④宵禁在唐代达到顶峰后逐步消败,直至宋代废弛。⑤

我国《未成年人犯罪预防法》第16条规定,未成年人擅自外出夜不归宿的,其父母或者其他监护人、其所在的寄宿制学校应当及时查找,或者向

① Walker, Samuel. (2002). The Policing in America: An Introduction (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p.144.

② 苏海河:《禁止深夜外出——东京对青少年实行宵禁》,载《中国青年报》2004年7月6日。

③ 《周礼·秋官司寇》。

④ 《唐书·百官志》。

⑤ 曹胜高:《论晚唐宵禁制度的松弛及其文化影响》,载《学术研究》2007年第7期,第112页。

公安机关请求帮助。收留夜不归宿的未成年人的,应当征得其父母或者其他监护人的同意,或者在24小时内及时通知其父母或者其他监护人、所在学校或者及时向公安机关报告。《上海市青少年保护条例》第29条规定,"发现逃夜青少年,应当向公安机关或者居民委员会、村民委员会报告","容留逃夜青少年的,必须在二十四小时内报告"。同样地,该条例也只是笼统规定了发现夜不归宿青少年需向公安机关、居民委员会与村民委员会"报告"而已,并未进一步明确公安机关、居民委员会与村民委员会特别是公安机关应当采取的后续作为,实践中缺乏可执行性。2009年1月1日起施行的《广东省未成年人保护条例》第11条规定,"父母或者其他监护人不得放任未成年人夜不归宿,不得让其脱离监护单独居住,已满十六周岁并以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人除外";第24条规定,"未成年人在学校寄宿期间未经许可夜不归宿的,学校应当及时查找,并通知其父母或者其他监护人,必要时可以向公安机关请求帮助"。

与上述有联系的另一个术语是所谓的"游荡"(loitering),即无明确目的之行为。在香港,依据其《刑事罪行条例》(*Crimes Ordinance*)第160条规定,"任何人在公众地方或建筑物的共享部分游荡,不论单独或结伴在该处出现,而导致他人合理地担心自身的安全或利益,即属犯罪,一经定罪,可处监禁2年","警方可有权要求任何路人答复其在公众地方行动的目的,若警方不满解释,即可控告后者触犯游荡罪"。

4. 吸烟与饮酒

据称在我国3.5亿烟民中,未成年人约占七分之一。黄发源及陶芳标等学者在对2,557名学生进行"青少年健康行为调查"后发现,在12岁之前有近半数(49.7%)学生曾饮过酒。[①] 因吸烟、酗酒所引发的敲诈、勒索、寻衅滋事在中小学校园内亦不罕见。为减少烟草危害,第56届世界卫生大会于2003年5月通过《烟草控制框架公约》(*Framework Convention on Tobacco Control*,简称FCTC)。公约在序言中表示"深切关注全世界的儿童和青少年吸烟和其他形式烟草消费的增加,特别是开始吸烟的年龄愈来愈

---

① 黄发源、陶芳标:《中学生饮酒行为与危害健康行为相互影响的研究》,载《安徽预防医学杂志》2000年第1期,第12页。

小”。这充分说明国际社会已正视对吸烟低龄化问题的严峻挑战，并努力采取必要措施来解决。

我国在1992年颁布的《烟草专卖法》第5条第2款规定，“国家和社会加强吸烟危害健康的宣传教育，禁止或者限制在公共交通工具和公共场所吸烟，劝阻青少年吸烟，禁止中小学生吸烟”。《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》提出将“减少未成年人吸烟”作为加强儿童卫生保健教育的重要一环。《未成年人犯罪预防法》将相关责任分解至未成年人父母或其他监护人及学校，并禁止经营场所向未成年人出售烟酒。该法第14条规定，“未成年人的父母或者其他监护人和学校应当教育未成年人不得吸烟、酗酒”、“任何经营场所不得向未成年人出售烟酒”。而台湾地区《儿童福利法》第31条亦有类似规定，“父母、养父母、监护人或其他实际照顾儿童之人，应禁止儿童吸烟、饮酒、嚼槟榔、吸食或施打迷幻药、麻醉药品或其他有害身心健康之物质。任何人均不得供应前项之物质予儿童”。自2011年1月起，我国在所有室内公共场所、室内工作场所、公共交通工具和其他可能的室外工作场所完全禁止吸烟，这为控制未成年人吸烟客观上提供了有利条件。

对未成年人饮酒的限制主要表现在法定饮酒年龄与饮酒时间和场所等方面。其中，法定饮酒年龄(legal drinking age)系指得以合法购买或消费含酒精饮料的最低年龄。一般来说，绝大多数国家将十八岁设定为最低法定饮酒年龄。某些国家还要求生产商或零售商得将此年龄明示于酒瓶及外包装显目处。我国《未成年人保护法》第37条规定，“任何人不得在中小学校、幼儿园、托儿所的教室、寝室、活动室和其他未成年人集中活动的场所吸烟、饮酒”。

5. 毒品滥用

未成年人吸毒已然成为威胁未成年人健康成长的重要社会问题。毒品危害让人望而却步，但仍有部分未成年人趋之若鹜。据澳大利亚新南威尔士州2003—2006年调查显示，该州19%的被拘留者报告在被拘留前一年内注射过药物，几乎九成少年犯使用过大麻制品。[①] 据1999年国家禁毒委

① ［澳］瓦尔达·鲁斯思：《澳大利亚新南威尔士州少年司法部在少年司法系统中的角色》，载《青少年犯罪问题》2009年第4期，第57页。

对23个省、自治区、直辖市的统计，吸毒者的年龄多数介于十七至三十五岁，占总数的比例为85.1%，最小的仅八岁。① 近年来，未成年人滥用新型毒品日趋严重。据《2010年中国禁毒报告》统计，仅在新查获的9.7万名滥用新型毒品问题人中，多数是25岁以下青少年。②

毒品直接作用于中枢神经系统，使人兴奋，连续使用能产生依赖性，具有成瘾性、滥用性及社会危害性。不少未成年人吸食毒品后，会出现精神极度亢奋，产生莫可名状冲动，甚至出现幻觉、妄想等精神症状，还可能相互殴击及聚众淫乱等反常举动，成为犯罪隐患。据美国“毒品滥用与心理健康服务局”(Substance Abuse and Mental Health Services Administration，简称SAMHSA)所进行的“全美毒品滥用与健康调查”(National Survey on Drug Use and Health，简称NSDUH)，发现吸毒少年较未吸毒少年从事暴力犯罪概率高两倍多。③

如果说单纯的吸食毒品社会危害性还相当有限的话，制作与贩卖毒品则是未成年人在毒品犯罪上的又一深渊。近几年，广西公安机关发现四成以上吸毒青少年有过贩毒、赌博、抢劫、盗窃、诈骗、卖淫、斗殴等违法犯罪行为。④ 为支付毒资，一些未成年人不惜以身试法，铤而走险，制毒、贩毒。制作出的毒品除一部分自用外，其余出售以牟取暴利。帮派毒品犯罪是未成年人毒品犯罪中最为严重的形态，未成年人在这一阶段通常会表现出惊人的成熟。而这有可能为成年犯罪团伙所控制与利用，为其掩盖不法行为。对此，《中国的禁毒》白皮书指出，“对利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑又有毒品罪行为的，从重处罚”。

---

① 转引自廖龙辉：《当前青少年吸毒行为现状及其成因的社会学思考》，载《当代青年研究》2001年第3期，第33页。

② 国家禁毒委员会：《2010中国禁毒报告》，北京：国家禁毒委员会，2010年3月19日。

③ Substance Abuse and Mental Health Services Administration. (2006). The National Survey on Drug Use and Health Report: Youth Violence and Illicit Drug Use. Retrieved January 18, 2007, from http://www.oas.samhsa.gov/2k6/teensViolence/teensViolence.htm.

④ 冯善书、陈海燕：《新型毒品蔓延边远城乡 留守少年成高危群体》，载《南方农村报》2010年7月22日。

未成年人毒品犯罪防治是系统社会工程，不但需从源头上控制毒品来源，还需开展针对性的防治措施。按照对象，可将有关防治策略划分为三类，即广泛性计划、选择性计划及特定目标计划。其中，广泛性计划系指“不分对象将知识向全部未成年人加以教育传播”，选择性计划则是将教育资源集中在“具有物质使用高危险群因子的族群”；至于特点目标计划是将主要对象更集中在“已有物质使用问题或出现相关行为者”。[①]

6. 性偏差

乱性也日渐成为未成年人性偏差的表现形式之一。性器官的发育与性功能的早熟，导致个别未成年人对性问题并非“欲说还羞”。近些年来国内外未成年人性行为年龄不断下降，未婚先孕、援助交际、卖淫嫖娼等问题亦逐渐浮出水面。

【案例十九】

据香港《明报》报道，2007 年 3 月间，美国路易斯安那州新奥尔良市发生一起骇人听闻的风化案。案发时，两名十一岁女生趁老师不在，当众与另两名分别为十二岁和十三岁的男生在教室内进行性交及爱抚。由于他们年纪尚小，被捕后获释。四名未成年人已被控淫亵罪，等候少年法院提堂；其中一名男生更可能移送刑事(成人)法院接受审理。依据该州有关法律，当众与未满十七岁人士发生性行为的成年犯，最高可被科以 1 万美元罚金及 5 年监禁。[②]

据美国 2007 年网上“青少年危险行为监测系统”(Youth Risk Behavior Surveillance System)发现，47.8% 的高中生发生过性行为，其中男性近半数

---

① 参阅颜正芳、张明永、刘雅惠、孙榕檀：《少年观护所青少年嫌疑人使用非法物质之危险因子：性别差异》，载(中国台湾) http://www.ios.sinica.edu.tw/pages/seminar/sp/socialq/yan_zheng_fang.htm，2007 年 5 月 22 日。

② 转引自明报新闻网：《美 4 小学生当众性交、我想试试网上看到的东西》，载新浪网，http://news.sina.com.tw/global/mingpao/cn/2007-04-05/052712434591.shtml，2007 年 4 月 5 日。

(49.8%)、女性近四成六(45.9%)。[①] 这些本应该求学的未成年人绝大部分会因意外产子致其人生历程发生逆转,失学及经济困顿乃至后续偏差屡见不鲜。据美国犯罪学家调查发现,多数青少年母亲在生产后随即失学,且失去社会网络的联系与支持,有半数人辍学且从事无薪资或低薪资的工作,恶性循环下导致经济的困窘。[②]

近年来性病与艾滋病无孔不入,正在未成年人中肆意蔓延。联合国儿童基金会的数字表明,全球有230万儿童携带艾滋病毒;仅2005年,约有38万儿童死于艾滋病,54万儿童新感染艾滋病毒。[③] 因对艾滋病及其防护知识仍然极其贫乏,未成年人在缺少足够保护情况下极有可能感染艾滋病。在乌克兰,39%的青少年从来没有听说过艾滋病,有的甚至认为艾滋病是通过超自然的途径传播的。[④]

除了强迫、诱使未成年人卖淫外,援助交际也是近年来发展较快的未成年人性偏差的表现形式。"援助交际"一词源自日语,简称援交,英文译为"compensation dating",台湾地区称为"中介援交",通常系指未成年少女出卖身体,陪陌生男子在俱乐部、旅馆等场所玩乐以换取资助的行为,是对少女从事性交易较委婉的说法。20世纪末,"援助交际"这颗社会毒瘤漂洋过海登陆港澳台,又转道大陆地区。因未成年少女盲目攀比,追求物质享受等逐步蔓延,目前在上海、北京、沈阳、南京等大中城市时有耳闻。最初援助交际以随意街头搭讪为主,也有同学间相互介绍。现代化信息传送工具为援助交际打开方便之门。

对网络援助交际打击较传统援助交际难度较大,师长莫奈何,不但援助交际女与嫖客踪迹难以确定,证据收集与保全也障碍重重。鉴于不少未成

---

① L. Lauby, Jennifer, Archana B. LaPollo, Jeffrey H. Herbst, Thomas M. Painter, Heather Batson, Akil Pierre, and Mary Milnamow. (2010). Preventing AIDS through Live Movement and Sound: Efficiacy of a Theater -Based HIV Prevention Intervention Delivered to High-Risk Male Adolescents in Juvenile Justice Settings. AIDS Education and Prevention. 22(5), p.403.

② 参阅李德芬:《中学阶段未婚青少女怀孕之学校因应措施》,(中国台湾)"教育部"九十年度委托研究计划期末报告,2002年,第4页。

③ 联合国儿童基金会:《艾滋病与儿童》,载联合国儿童基金会网站,http://www.unicef.org/chinese/aids/index_1.php,2007年2月1日。

④ 联合国儿童基金会:《艾滋病与儿童》,载联合国儿童基金会网站,http://www.unicef.org/chinese/aids/index_preventionyoung.html,2007年2月1日。

年人通过网吧这一公共场所从事包括援助交际等网络犯罪与偏差，国家有关部委出台有一系列规范文件来约束未成年人进入网吧。然而对于在家、宿舍与学校机房等地进行的，则限于各种客观条件而困难较大。许多警察部门均设有“计算机与网络安全处”，负责监查网络世界的各种不稳定因素，自然打击未成年人援助交际也是其中一项重要任务。通过扮演嫖客或援交女，警方可轻而易举将有关犯罪人抓获，但这又不可避免涉及有关“警察圈套”(police trap)的争议，毕竟援交与传统性交易有所不同，并非直接以出卖性来维生。警方诱惑少女进行援助交际，很可能使抵制力弱但原本并无援助交际想法的少女走出偏差一步。

第四节　未成年人帮派

新丰美酒斗十千，咸阳游侠多少年。相逢意气为君饮，系马高楼垂柳边。[①]

——(唐)王维(701—761)

一、未成年人帮派概说

(一)未成年人帮派的存续与现状

未成年人帮派的存在与活动由来已久，少年侠客的故事似乎离生活并不遥远。只是现实中“少侠”却不那么仗义，无辜者流泪又流血的暴力场面并不罕见。类似武侠小说中的“风云激荡，纵横江湖”向来是吸引读者，特别是未成年读者眼球的制胜秘器。生活中，某些类似情节不时在身边出现，同一样的流血，相似的劫财。所不同的是，参与人比书中的少侠相比却年轻甚多，且从事的行为大多见不得阳光。“江湖”一词最早语出《庄子》，原文是“泉涸，鱼相与处于陆，相嘘以湿，相濡以沫，不如相忘于江湖”。[②] 意思是说泉水干涸，

① (唐)王维:《少年行》(一)。

② 《庄子·大宗师》。

两条鱼困于陆洼,相互以口沫滋润,不禁缅怀昔日畅游江河湖海之间的快意。在其词义衍变过程中,"江湖"多被用来形容刀光剑影、明火执仗的打斗,让人不寒而栗。而现在,言必称江湖的多为从事不法行为的帮派分子。

约翰·汉考克(John Hancock,1737—1793)是美国独立战争时期的一位政治家,其为后世推崇的是于1776年北美大陆会议讨论《独立宣言》(*Declaration of Independence*)时担任大会主席,并第一个在宣言上签了自己的名字,且在这次所有的签名中,他的名字签得最大。然而就是这么个著名人物,据说也曾勾结未成年人帮派向殖民地走私货物,牟取暴利。① 北美早期未成年人帮派势力的猖狂由此可见一斑。从1996年起,"全美青少年帮派中心"(National Youth Gang Center,简称NYGC)开展"全美青少年帮派调查"(National Youth Gang Survey,简称NYGS)。2004年的调查表明,近三成(29%)警察局遭遇了严重的少年帮派问题,全美有2.4万个各种类型的少年帮派,帮派成员更是多达76万名。②

自20世纪70年代以来,未成年人团伙犯罪成为我国犯罪的一种新形式,但那时的犯罪团伙大都结构松散,鲜有核心人物且犯罪盲目性较大。③ 1983年夏季我国开展了严厉打击团伙犯罪的专项斗争,在20多万个被处理的犯罪团伙中,青少年犯罪团伙便有10万多个。④ 这暂时缓解了对社会治安的压力,但80年代中期以后少年帮派再次逐渐增多。以北京丰台区为例,仅1995—1997年,审理的未成年人帮派犯罪案件比例分别为12.1%、14.1%与14.8%,呈逐年上升趋势。⑤

进入21世纪以来,国内未成年人帮派发展势头似有逐渐失控之势,已

---

① Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 82.

② Egley, Arlen Jr. and Christina Ritz. (2006). Highlights of the 2004 National Youth Gang Survey. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

③ 杜立:《少年帮派组织及其对策思考》,载《江苏公安专科学校学报》2002年第3期,第29页。

④ 何从启:《当前我国青少年团伙犯罪的特点及发展趋势》,载《青年研究》1996年第7期,第41页。

⑤ 余逸群:《未成年人团伙犯罪——一个令人关注的问题》,载《百科知识》2001年第2期,第47页。

成为未成年人犯罪的重灾区之一。仅重庆渝中区,先后就有“白虎”、“龙义”、“长义”、“海义”、“家义”、“三河”等未成年人帮派,其中最大的帮派叫“无道蒙”,拥有数百名“小弟”。[①] 2005 年,仅湖南省湘潭市岳塘区检察院就受理了未成年人团伙犯罪案件 10 余起共计 50 余人,占该院全年受案人数的 14%。[②] 2007 年 6—7 月间,河南省濮阳市机关工委、市依法治市办公室组成调研组,就该市青少年违法犯罪情况,到法院、公安、文化、妇联、教育等部门进行了深入细致的调研。结果发现,立案查处的青少年违法犯罪案件占到总案件的 4.9%,但涉案人员却占到总涉案人员的 31.8%。[③] 未成年人帮派规模之大、对未成年人毒害之深可见一斑。

(二)未成年人帮派的概念

帮派(gang),在古英语中最初常用来指代工作上的同事或具有某些共同特征的亲朋好友,并无贬义。而现在“帮派”一词则带有较强的负面色彩,《美国传统英汉词典(双解)》将其解释为“一群为了相互保护和共同利益而结合在一起的罪犯或强盗”。帮派与有组织犯罪存在着千丝万缕的密切联系。“入帮见血,出帮见血”,帮派可能参与贩毒、贩卖人口、盗版、洗钱、勒索、赌博与政治暗杀等犯罪,至于敲诈勒索更是其家常便饭。而某些极端有组织犯罪团伙可能受宗教、民族等影响,从事恐怖袭击等严重犯罪活动。

除了“未成年人帮派”或“少年帮派”(juvenile gang)外,学术界尚有“青少年帮派”(youth gang 或 adolescent gang)一词,且运用较前者为多。对少年帮派或青少年帮派下一个定义并不是件容易的事,而对其构成要件更是仁者见仁,智者见智。[④] 这是因为其组织形式多样化,既包括清一色未成年

---

① 陶卫红:《少年“帮派”害少年》,载《重庆日报》2000 年 6 月 29 日。

② 杨建兴、谭卫红:《我市未成年人团伙犯罪现状堪忧》,载《湘潭日报》2006 年 4 月 4 日。

③ 孙明安、王鹏、王壮凯、任国锋:《河南濮阳市关于青少年违法犯罪情况的调研报告》,载中国关心下一代工作委员会网站,http://www.zgggw.com/templet/default/ShowArticle.jsp?id=2391,2007 年 11 月 29 日。

④ Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.571.

人组成的未成年人帮派,也包括成年人与未成年人的组合。不同国家、机构与学者从不同角度出发,对青少年帮派有不同定义。美国社会学家欧文·史柏高(Irving Spergel)主张定义少年帮派时应只限于从事严重暴力和犯罪的青少年团伙(youth groups),其存续主要是象征性的,而非以谋取经济利益为目的。① 在他看来,以毒品走私或犯罪所得为存在目的的团伙不能称之为少年帮派。美国"少年司法与未成年人犯罪预防署"在其倡导的"综合帮派模式"(Comprehensive Gang Model)中主张,"青少年帮派"(youth gang)与"街头帮派"(street gang)两个术语通常可以互换使用,系指以社区或街道为基础的青少年团伙,大多数成员为二十四岁以下青少年。② 在英国,少年帮派定义为参与3人以上(包括自己)、长时间闲散于公共场所、至少存在了3个月、在过去12个月以团体方式开展过违法犯罪行为及至少拥有一种组织特征(名称、场所、首领或规章)的未成年团伙。③ 国内学者较常使用"青少年犯罪团伙"来指代青少年帮派或少年帮派这些团伙犯罪青少年化的表现形式,不过这方面研究的文献资料却少之又少。上述(青)少年帮派定义均有其可取之处,对少年帮派的性质、成员、活动范围等方面都有所涉及。参酌这些论述,本书作者认为,所谓少年帮派,系指由三人以上固定成员组成、有组织名称和活动规则,从事犯罪与偏差行为的未成年人团伙。

"全美青少年帮派中心"将美国存在的帮派分为少年帮派(juvenile gangs)、街头帮派(street gangs)、涂鸦人(taggers)、贩毒帮派(drug gangs)、撒旦团伙(satanic groups)、拥有者(posses)、船员(crews)、魔鬼(stoners)与恐怖组织(terrorist group)九种类型。④ 可见,少年帮派已然在帮派类型中占据

① Spergel, Irving, David Curry and Ron Chance, etc. (1994). Gang Suppression and Intervention: Problem and Response. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.20.

② Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2002). OJJDP Comprehensive Gang Model: A Guide to Assessing Your Community's Youth Gang Problem. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.14.

③ 《英国青年工作基础数据研究》,载 http://www.acyf.org.cn/07lhhzw/zlk/qnzc/200710/t20071011_599158.htm,2007年11月22日。

④ Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp.249-250.

一席之地。1989年在研究克利夫兰市与哥伦布市两地帮派时,美国犯罪学家罗纳德·哈夫(Ronald Huff)将帮派分为三类,即非正式的及时行乐型帮派(informal hedonistic gangs)、追求经济利益而从事财产犯罪的工具型帮派(instrumental gangs)与从事抢劫与街头掠夺型帮派(predatory gangs)。[①]

周文勇等人将少年帮派的活动类型分为七种,包括打架、讨债、围事、收保护费、杀人、拥有枪支等暴力犯罪;吸食毒品或沦为下游贩毒等毒品犯罪;贩卖盗版光盘、赌博、偷窃及充当诈骗集团的车手等非法赚钱活动;飙车与喝酒等偏差行为;帮派聚会、庙会出阵头、参加公祭等一般性帮派活动;撞球、唱歌、上网吧、打电玩等玩乐活动;以及开槟榔摊、撞球场、红茶店等,兼作帮派据点等一般赚钱活动。[②]

二、未成年人帮派的特征

(一)未成年人帮派与成人帮派的区别

未成年人帮派因其成员大都尚未成年这一现实,决定了其在组织性质、犯罪目的、存续时间与犯罪手段等方面都与成人帮派存在较大区别。

一般来说,未成年人帮派组织较为松散,人员固定性不强,具有较强的地域性特征。领头人物、骨干分子及一般成员都可能会因家庭搬迁、考学、参军等而离开原居所,也就是说其成员移动性较高。这些组织尽管也有模仿影视中歃血为盟的场面,甚至还有港台地区洪门组织痕迹,但整体组织设计、人员配置与分工、奖惩措施等仍显粗糙。这决定了未成年人帮派很难从事大规模的不法行为,这也为警方对之有效分解、打击提供了条件。据我国台湾学者的实证研究,少年帮派对于整体社会治安的影响尚不及一般成人组织犯罪。[③]

---

① Lawrence, Richard. (1998). School Crime and Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press. p. 77.

② 参阅周文勇、许正道:《幼齿的江湖》,载(中国台湾)《刑事双月刊》2005年第11期,第14—15页。

③ 周国雄:《台北县政府警察局协助预防青少年犯罪报告》,台北:台北县警察局少年警察队,2006年5月2日。

与此相比,成人帮派不但外人常难窥堂奥,而且其成员讳莫如深,"家法"森严,对违反帮规或出卖帮派利益的处罚严苛,人员较为固定;且呈金字塔形结构,并可能在多处地点设有堂口,足显组织严密。其组织建设中,俨然已成公司规模,上有决策层,乃至顾问层,下有执行层及监督层,可在一定程度上保证"令行禁止"。

与成人帮派明显不同的是,未成年人帮派往往追求瞬时可得的物质利益,且标的较小,比如像中小学生勒索保护费,其数额显然不能与成人帮派敲诈商户相提并论。相应地,其危险性相对较低。在犯罪目的上,未成年人帮派极少涉足政治性敏感议题,这也与其仍相对有限的知识阅历有一定关系,而成人帮派对地盘或行业性的独占性心理也远较未成年人帮派为强。

未成年人帮派的存续时间可长可短,大部分未成年人帮派会在警方打击下或家长说服下迅速解体,烟消云散。只有极少数未成年人帮派比较顽固,主要成员保持相对稳定,并伴随其年龄与社会阅历增长而对帮派依赖性不断增强,其帮派自身也可能进一步扩充势力,衍生为成人帮派,继续危害一方。成人帮派,尤其是那些存续时间较长且组织严密的帮派,很少直接涉及街头喋血等明目张胆的犯罪。虽然不排除以暴力手段解决问题,但威胁手法日趋复杂。

而未成年人帮派则因成员年龄较小,易怒且争强好胜,较难控制冲动情绪,反而有参与斗殴的欲望。结伙滋事、敲诈勒索、械斗伤人,更有"自恃为帮派分子,常拥枪自重,参与聚众斗殴,侵入校园施暴、对被害人开枪示威、逞强斗狠、恃强凌弱,严重影响校园安全"。①

尽管未成年人帮派与成人帮派存在这样或那样的区别,两者还是存在千丝万缕的联系。不少成人帮派利用刑法对未成年人不处罚或处罚较轻的规定,积极发展未成年人入伙,成为其打家劫舍的急先锋与替死鬼。规模较大的成人帮派便是从未成年人帮派发展并壮大起来的。以台湾地区臭名昭著的四海帮及竹联帮为例,二者都是在20世纪40年代由读初中、高中的未

---

① 周文勇、许正道:《幼齿的江湖》,载(中国台湾)《刑事双月刊》2005年第11期,第12页。

成年人组织发起，目前以老鼠会的方式吸收。现组织已遍及全台湾，并扩大至国外，美国亦有竹联帮的组织。

（二）未成年人帮派的特征

按照活动地域的不同，未成年人帮派可分为街头帮派与校园帮派两种，这也是未成年人帮派的主要划分方法。其中，街头帮派又可分为以少年为主的街头少年帮派与有少年参与的街头青少年帮派，不过目前很难再将两者截然分开。至于校园帮派，主体构成基本上较为稳定，大都为肄业或被开除的学生及在校生。未成年人帮派染指中小学校园，大肆吸收成员，不但会增加师生的犯罪恐惧感，并严重影响到学校的正常教学秩序。

我国台湾犯罪学者侯崇文、侯友宜对青少年帮派特征进行了梳理，发现其具有相当一致的共性。具体表现在：一是青少年帮派成员以青少年为主，他们具有相同的族群背景，许多来自解体的地区与家庭；二是有严格的帮规，效忠组织、遵守帮规是绝对必要的；三是成员间具有高度的凝聚力；四是帮派的活动经常是反社会的、不法的、暴力及犯罪的；五是个人在帮派的目标、角色及责任极其明确；六是命令是阶级式的；七是帮派有其地盘的认知；八是帮派持续不断吸收成员，尤其以校园内最为积极。①

联合国《2005 年世界青年报告》（*World Youth Report 2005*）第 84 条指出，未成年人犯罪在很大程度上是一种集体现象：未成年人罪犯多数是某种形式的帮派成员。即使独自犯罪的未成年人一般也与一些帮派有关。未成年人帮派与校园暴力、酗酒、援助交际、吸毒等都有很密切的关系。我国台湾犯罪学者蔡德辉、杨士隆指出，少年参与帮派行为极可能衍生诸多犯罪与偏差行为，给校园安全与整体社会治安带来巨大冲击。② 据统计，不少台湾青少年以帮派之名或是自组帮派聚会，对校园学生恐吓钱财，聚众闹事，因此校园帮派已成为台湾社会治安的一大隐忧，初中校园已成为警方扫黑对

---

① 侯崇文、侯友宜：《青少年帮派问题与防治对策》，载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》，台北：五南图书出版公司 2002 年版，第 310 页。

② 蔡德辉、杨士隆：《台湾地区少年加入帮派危险因子之实证研究》，（中国台湾）台湾社会问题研究学术研讨会，2002 年 9 月 27—28 日。

象。[①] 而且随着国际互联网的普及,不少未成年人盯上了这一新鲜载体,利用其作为建立、发展与联络帮派的平台。台湾台中市某高职杨姓夜校生在奇摩网站成立"海氏企业"网站,暗示其与"四海帮"关系密切,寻找"重义气、敢冲"的少年,吸引了200多名崇拜黑道的中学生加入,还外接暴力讨债的案子。[②]

少年帮派另一引人注目之处在于未成年女性的参与度。20世纪80年代早期,纽约市警方估计半数以上的帮派有女性参与其中。[③] 被尊称为"女性犯罪学之母"(Mother of Feminist Criminology)的美国犯罪学家米德·切斯尼林德(Meda Chesney-Lind)将少女参与帮派的类型划分为独立帮派成员(membership in an independent gang)、固定参与男性帮派的少女成员(regular membership in a male gang as a coed)与男性帮派中起辅助作用的少女成员(as female auxiliaries of male gang)等三类。[④] 在切斯尼林德看来,大多数少女属于第三种类型。

近些年未成年人帮派也出现一些新特征,在组成人员、年龄结构、作案手段与工具及作案规模等方面出现新的动向。例如对湖南省湘潭市的调查,这些特征包括:团伙主要成员相对固定、联系更为紧密;成员低龄化趋势明显;作案手段和方法日益多样化、智能化;作案工具准备充分;作案规模扩大。[⑤] 其中低龄化更为明显,表现在发案年龄大多提前到十五至十六岁,甚至未满十四岁。这也为认识和防治未成年人帮派提出了更高的要求和标准。

(三)未成年人帮派副文化

有关未成年人帮派的研究主要集中在两个领域,即指引或鼓励未成年

---

① 赵朴:《花季少年的悲哀——台湾儿童今日生活一瞥》,载《四川统一战线》1998年第11期,第35页。

② 周先:《台湾一高职生创建"网络帮派" 200少年入伙》,载中国台湾网,http://2006.chinataiwan.org/web/webportal/W3799218/A486390.html。2007年6月6日。

③ Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.67.

④ Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.70.

⑤ 杨建兴、谭卫红:《我市未成年人团伙犯罪现状堪忧》,载《湘潭日报》2006年4月4日。

人加入帮派的驱动因素与帮派如何影响其成员举动。早在 1955 年,艾伯特·科恩(Albert Cohen,1895—1981)指出,许多低阶层未成年人向往中产阶级生活,其在校接受的教育几乎都是后者价值观的灌输。一旦未成年人确信其无法达到中产阶级之生活目的,他们便有可能寻求外在手段。对于那些未能通过合法手段获得其梦寐以求的目标的未成年人来说,他们有可能寻求并投身艾伯特·科恩所说的“犯罪副文化”(delinquent subculture)。在科恩看来,大量的未成年人犯罪与偏差即出现在这些所谓“相互转化”的联系之中。他曾经用“享乐取向”、“无恶意的破坏、非物质功利取向”及“是否为否定而否定”等字眼来形容帮派少年。①

依据国外犯罪学家的实证研究成果,诸多因素相结合即可能使未成年人陷入帮派泥潭而不可自拔。就社会因素而言,居住场所、就读学校、年龄、种族归属都可能诱发未成年人加入身边的少年帮派。而心理方面的因素则涵盖家庭排斥、心理冲动等等。此外,帮派自身的构架、凝聚力及同侪间的压力都可能对未成年人加入帮派起到推波助澜的作用。国外许多研究表明,未成年人帮派早期大都产生于居住环境较差的贫民窟,受到社会解体之影响。20 世纪二三十年代,芝加哥大学的社会学家们,包括弗雷德里克·斯瑞西(Frederick Thrasher)、弗兰克·坦南(Frank Tannen)等人就芝加哥帮派进行了一系列研究。根据斯瑞西的研究,帮派乃是促发犯罪与未成年人偏差的重要因素。帮派自身结构与其竭力维护的利益使得其不断壮大,并有可能发展成为“犯罪企业”(criminal enterprises)。他主张帮派的出现绝非偶然现象,未成年人对帮派的打打杀杀耳濡目染,而一旦出现与未成年人所需不谋而合之帮派时,其加入其中也不稀奇。特别是当未成年人与其他团体发生冲突而且自身力量又无法维护其利益时,加入帮派以寻求帮助的渴望将更为强烈,帮派成员对其所属未成年人帮派有较强的归属感。

在分析美国两个街头帮派——“脆片”(Crips)与“血液”(Bloods)时,美国犯罪学家马克·佛莱雪(Mark Fleisher)发现帮派成员大都持其所谓的“防御世界观”(defensive word view),即威胁感及自我保护需求、认为无人

---

① 周愫娴:《变迁中的犯罪问题与社会控制——台湾经验》,台北:五南图书出版公司 1997 年版,第 132 页。

可信、维系社会距离的需求、坚信以暴止暴、类似持防御观间心心相印及情愿做孤胆英雄。[①] 2005年一项针对湖南长沙开福区的实证研究表明,街角青年们"除了因为共同的价值观念而聚集在一起、共同享有次文化群的社会心理以外,还形成了一个独特的拥有其社会结构、帮派权威、身份忠诚和成员基础的隐性社会,正是这个社会的外凝固性和内吸引力限制了街角青年的社会流动模式"。[②]

未成年人帮派的特征不单表现在入会宣誓、收保护费、酗酒作乐等方面,还表现在刺青、暗语、手势等帮派副文化的外在表现上,而这反过来亦在很大程度上增进了少年帮派的凝聚力。"非我族类,其心必异",[③]如许多未成年人帮派规定成员须在身体某些部位刻上刺青,以炫耀其威武。而在某些帮派中,花饰、颜色及刺刻方位不同的文身可代表其在帮派中的地位与权威。而某些组织更为严密的帮派甚至以不同刺青显示成员间的帮内身份与职位及所负责的具体事项。

三、未成年人帮派的催生因素

少年加入帮派有其深刻的心理、家庭、学校与社会原因。2001年,蔡德辉、杨士隆在台湾地区针对63名曾参与帮派的少年与1,192名一般在学少年进行数据交叉分析,发现帮派少年比一般少年在加入帮派之前,"具有较低社会经济地位、较高家庭解组比率、较低亲子间互动频率、较低父母监控、较高辍学比率、较高学习挫折、个性较为冲动、较高冒险患难精神、较常表现忧郁、较高出入复杂场所比率、较高度帮派憧憬及较高偏差行为比率"。[④]切斯尼林德认为少男少女加入帮派原因大同小异,包括归属感(sense of be-

---

① 转引自 Lawrence, Richard. (1998). School Crime and Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press. p. 67.

② 参阅黄海:《解析"街角灰色社会"——以湖南长沙某区"街角DY帮派"为实证分析对象》,载《青年探索》2005年第6期,第25页。

③ 《左传·成公四年》。

④ 蔡德辉、杨士隆:《台湾地区少年加入帮派危险因子之实证研究》,(中国台湾)台湾社会问题研究学术研讨会,2002年9月27—28日。

longing)、权力(power)、保护(protection)、尊重(respect)、恐惧(fear)及妄想症(paranoia)。此外,加入帮派还可带来诸如威望与身份(prestige and identity)、指导(guidance)与广泛接触毒品与现金(ample access to drug and cash)等好处。① 蔡德辉、杨士隆将未成年人加入帮派的成因归结为:一是成功向上机会受阻,帮派提供少年归属感,满足其心理慰藉;二是帮派满足许多少年进入成人世界的需求;三是加入帮派乃低阶文化价值的自然反应;四是可寻求保护,欺凌他人亦较优势;五是好玩与支持;六是英雄主义崇拜,受到帮派领袖拥有财富与出手大方所吸引;七是赚钱容易,毋须辛勤工作。② 而侯崇文、侯友宜则将失败的学习者、寻找新的经验及追求被尊重的感觉列为青少年加入帮派的主要原因。③

在总结台湾地区相关研究后,周文勇等人认为帮派经验介入、外在暴力威胁、地盘特征、特殊活动、自然领导者五项原因催生青少年帮派形成。其中,帮派经验介入指自身就是其他帮派分子或是亲人属于帮派分子,青少年因而具有帮派的经验;外在暴力威胁指“同侪成员被别人欺负、殴打,因而团结成立帮派对抗敌人”;地盘特征指行为偏差团体在小区或学校内活动,久而久之形成一个帮派聚合;特殊活动指成员因“共同参与”庙会、飙车、偷车与玩乐等活动,自然形成帮派;自然领导者指某些成员“身材高壮、能力比较好、比较会逞凶斗狠”,经由他个人的倡导鼓吹,帮派终而形成。④

除了这些心理、社会方面的因素外,未成年人加入少年帮派的家庭因素主要表现在以下几个方面。首先,亲子关系不畅、互动不佳可能促发未成年人寻求同侪之慰藉,增加了加入帮派的风险。实际上,家庭破裂,父母离异或单亲家庭都可能增强帮派渗入。其次,如父母疏于管教或管教方式简单粗暴,有可能造成少年加入帮派寻求慰藉。再次,由于社会、学校及家庭所

---

① Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 79 - 85.

② 参阅蔡德辉、杨士隆:《帮派入侵校园问题与防治对策》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第297—299页。

③ 侯崇文、侯友宜:《青少年帮派问题与防治对策》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第318—320页。

④ 参阅周文勇、许正道:《幼齿的江湖》,载(中国台湾)《刑事双月刊》2005年第11期,第13—14页。

提供的协助不足,加之未成年人懵懵懂懂,缺乏大是大非的辨别能力,少年帮派便成为其可选择的"另类家庭",作为情绪纾解的出口,以"丰富生活经验,教导社会性技能,有时是对抗父母或社会的不公平"。[①] 若父母面对强权怯弱无力,未成年人可能因此感到屈辱,并继而希望借助强势团体代为"伸张正义"。

帮派的出现以团体的形式来"保护"或"维护"某位或某些成员的利益,并为此付出某些努力,而这些努力也在很大程度上成为未成年人加入与保持其成员资格的吸引力。据《中国青年报》2004 年的一项报道,称我国中学生中 25% 的男生有意加入帮派,4% 的女生也有意加入感兴趣的"组织"。[②] 少年帮派之所以能够短期内迅速成长并壮大起来,除了其自身对未成年人有吸引力外,社会、家庭与学校对此缺乏应有重视与应对方法也是重要因素之一。我国台湾学者许福生即认为,帮派吸收少年入伙,主要是利用在校生或辍学生血气方刚、好勇斗狠、性喜结交,以壮大声势并寻求保护心理,先吸收其入帮,再唆使其吸收校内同侪,逐步扩大势力。[③] 一旦遏制少年帮派存续的社会控制手段失控,少年帮派便会如鱼得水,借机发展。特别是在某些崇尚个人英雄主义的社区,对成年罪犯的病态推崇会导致未成年人对社会道德取向无所适从,真假难辨。

四、未成年人帮派的防治

结合未成年人帮派特征,未成年人帮派防治可定义为限制、减少和控制可能造成未成年人加入帮派及遏制其从事帮派犯罪与偏差的各类资源、手段与方式的总和。对未成年人帮派的防治主要集中在对帮派少年进行教育辅导、校园危机处理以及包括司法强力介入在内的社会综合治理上。

---

① 转引自吴嫦娥:《青少年帮派问题》,(中国台湾)台北市少年辅导委员会,2005 年 11 月 9 日。

② 转引自黄长贵、聂岚、常青:《关注校园的"帮派"群体》,载《初中生之友》2004 年第 2 期,第 87 页。

③ 许福生:《校园暴行之成因与防制策略》,载(中国台湾)http://tosun.org.tw/database/Data/校园暴行专题演讲.htm,2005 年 11 月 23 日。

在校园危机处理上,蔡德辉、杨士隆提出防治帮派入侵校园的六点对策,即:加强父母亲子教育,健全家庭功能;学校及早辅导介入;学校加强校园安全维护措施;社会专业辅导人员积极干预;动员社区邻里组织;以及加强警方、司法部门与学校合作,共同取缔、扫荡帮派入侵校园活动。[①] 据美国的研究,少年最可能在十五岁或十六岁加入帮派,[②]而这一时期通常是由初中升入高中的过渡阶段。通常情形下,下述行迹可帮助我们判别未成年人是否参加校园帮派,诸如改变交友圈、改变衣着打扮、炫耀具有帮派符号的书籍与衣物、花钱大手大脚且来源不明、携带管制器械、对学业与家人漠不关心、酗酒及使用帮派暗语与手势等。[③]

1987 年,美国联邦司法部"少年司法与未成年人犯罪预防署"开始支持减少与预防未成年人帮派的研究课题。最早从事这一研究的为史柏高,并于 20 世纪 90 年代形成"史柏高帮派干预与压制模式"("Spergel" Model of Gang Intervention and Suppression),也就是所谓的"综合帮派模式"。这一模式要求通过社区与政府机构合作发展五项策略,即邻里动员(neighborhood mobilization)、社会干预包括街头救助(social intervention)、提供社会和经济机会(provision for social and economic opportunities)、帮派镇压和监禁(gang suppression and incarceration)与组织发展战略(an organizational development strategy)。[④] 其中,组织发展战略系指成立专门警察机关和矫正机构。从 2000 年起,"少年司法与未成年人犯罪预防署"会同美国教育部、卫生与福利部、劳工部和财政部,宣布实施两项新的帮派计划以解决和减少未成年人帮派犯罪和学校与社区中的暴力,即"无帮派社区计划"(Gang-Free

---

① 参阅蔡德辉、杨士隆:《帮派入侵校园问题与防治对策》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司 2002 年版,第 302—305 页。

② Office of National Drug Control Policy. (2007). Teens, Drugs and Violence: A Special Report. Washington, DC: Office of National Drug Control Policy, Executive Office of President of the United States. p. 2.

③ 参阅蔡德辉、杨士隆:《帮派入侵校园问题与防治对策》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司 2002 年版,第 302—305 页。

④ Sperge, Irving, David Curry and Ron Chance, etc. (1994). Gang Suppression and Intervention: Problem and Response. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 7.

Communities Program)与“无帮派学校计划”(Gang-Free Schools Program)。

就未成年人帮派的立法与司法管辖来看,近年来国内外对其处分有趋紧态势。同样以美国为例,1988 年加利福尼亚州通过《街头恐怖主义增强与保护法》(*Street Terrorism Enforcement and Protection Act*,简称 STEP),成为全美首个以单行刑法控制街头帮派的州。尽管这部法律仅执行到 1996 年便寿终正寝,但许多州仍以加利福尼亚州模式纷纷加以仿效。近年来各州趋向于将未成年人帮派案件从传统少年法院的管辖中移转出来,并交由刑事(成人)法院处分。①

在我国,尽管未成年人帮派的危害整体上未达到国外那样已近衍生为黑社会犯罪的地步,但仍需引起社会各界高度重视。目前对未成年人帮派的防治主要散见于《刑法》与《预防未成人犯罪法》等法律中,如《预防未成年人犯罪法》第 17 条规定“未成年人的父母或者其他监护人和学校发现未成年人组织或者参加实施不良行为的团伙的,应当及时予以制止;发现该团伙有犯罪与偏差行为的,应当向公安机关报告”。《刑法》第 294 条规定,“组织、领导和积极参加以暴力、威胁或者其他手段,有组织地进行违法犯罪活动,称霸一方,为非作恶,欺压、残害群众,严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质的组织的,处三年以上十年以下有期徒刑;其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。但在校园防治未成年人帮派入侵、社区控制、帮派少年心理辅导及家庭教育等方面还有提高的空间,这也是未来一段时间里我国未成年人帮派防治亟须加强的领域。

① Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. pp. 199 - 200.

第四章　少年司法理论

第一节　未成年人犯罪与偏差原因论

少年心事当拏云，谁念幽寒坐呜呃。①

——（唐）李贺（790—816）

一、犯罪学理论与少年司法政策概说

未成年人犯罪与偏差的原因方方面面，究竟出于何种动机与目的，驱使未成年人实施各类犯罪与偏差活动？其起因错综复杂，社会结构重组、经济状况变化及道德价值观念演变等都无形中增加了未成年人犯罪与偏差的概率，因而造成未成年人犯罪与偏差起因多元化与复杂化。一方面，未成年人犯罪与偏差具有与成年人犯罪相类似的原因；而另一方面，基于其幼小年龄而造成的心理、体质差异也表明未成年人犯罪与偏差仍具有不同于成年犯罪的特征。单一犯罪学理论尚不能对未成年人犯罪与偏差起因作透彻解释。

历史长河中，犯罪古典学派、实证学派、激进与批判学派及后现代主义等学派先后粉墨登场。其中部分理论是关于犯罪与偏差的一般性解释，亦有理论直接阐述未成年人犯罪与偏差，透过这些理论可窥见未成年人犯罪与偏差的缘由。而通过发现、挖掘、深究未成年人犯罪与偏差原因，并进而归类、预测后，建立犯罪趋势与理论，以实现解释犯罪原因并加以预防控制

---

① （唐）李贺：《致酒行》。

的最终目标。[①]

无论是刑事司法政策还是少年司法政策,都在很大程度上受到犯罪学理论与主张的影响。美国犯罪学者哈里·艾伦(Harry Allen)与克利福德·斯蒙森(Clifford Simonsen)即认为美国刑事政策走向如同钟摆效应(pendulum swings)一般,伴随犯罪学理论的交替而不断更换。[②] 在犯罪学兴起的两百年间,这些政策先后促发惩罚模式(punishment model)、更生重建模式(rehabilitation model)与司法模式(justice model)的产生。其中惩罚模式师承18世纪至19世纪的古典犯罪学派,更生重建模式深受19世纪至20世纪中叶实证犯罪学派的影响,而司法模式根植于20世纪中叶以来再度受到重视的新古典犯罪学派。[③] 澳大利亚少年司法学者克里斯·康涅恩(Chris Cunneen)与罗伯·怀特(Rob White)更直言,针对未成年人不法行为的正式应对措施发展莫不受犯罪学理论的影响。[④]

二、犯罪古典学派

(一)古典学派溯源

犯罪古典学派(classical school)又称刑事古典学派,其形成主要归功于贝卡利亚和杰里米·边沁(Jeremy Bentham,1748—1832)。从自然主义和理性主义出发,犯罪古典学派的早期理论家们莫不受到托马斯·霍布斯

① 目前,国内学术界与实务界对少年司法及未成年人刑事政策的导向存在一定分歧:一方面,部分学者主张对未成年人犯罪实施轻刑化,以彰显国际趋势;另一方面,立法及司法界对高居不下的未成年人犯罪头疼不已,短时间内实现轻刑难度不小。实际上,推动宏观或微观少年司法或未成年人刑事政策的驱动力除了学者及立法与司法界在理念上的博弈与冲突外,推手尚包括普通公众对未成年人犯罪的容忍程度、刑事司法机关的办案能力、儿童福利机构特别是社区的有效参与等多方面因素,而非一相情愿。在此情形之下,一定时间内相对稳定的立法与司法政策就显得十分必要,辅之以动态的微观政策调整,这应是我国未来一段时间的少年司法及未成年人刑事政策基本导向。

② Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 61 - 62.

③ 黄征男:《从刑事政策演进探讨"我国"假释制度现况与发展》,载(中国台湾)http://www.tcd.moj.gov.tw/public/Attachment/5111717483428.doc,2007年11月2日。

④ Cunneen, Chris and Rob White. (2007). Juvenile Justice: Youth and Crime in Australia (3rd edition). Sydney, Australia: Oxford University Press. p. 51.

(Thomas Hobbes, 1588—1678)的自由意志论、约翰·洛克(John Locke, 1632—1704)的经验主义、查尔斯·路易斯·孟德斯鸠(Charles Louis de Montesquieu, 1689—1755)的三权分立、伏尔泰(Voltaire, 1694—1778)①的正义论和卢梭的社会契约论(social contract)的巨大影响。②

在古典学派框架下,刑罚的目的在于吓阻人们侵犯他人合法利益,由于个人放弃自己的一部分权利给国家,国家就有责任通过实施刑罚来保护其成员。贝卡利亚和边沁高举民主和个人自由旗帜,以功利主义和社会契约论为理论出发点,主张人是有理性的,有自由意志和追求个人快乐的天性。古典犯罪学不是寻求为什么人会从事犯罪行为,而是依据理性原则来实现司法操作,这也是为什么它被称为"法律犯罪学"(legal criminology)的缘由。

1764年,贝卡利亚发表了使其名噪一时的《论犯罪与刑罚》(*On Crimes and Punishments*),这部著作对古典犯罪学最终成形起到了不可估量的作用。在贝卡利亚看来,惩罚是必要的,因为人们生来总是自私自利的。一旦没有拘束,人们就会试图扩大他们自己的个人快乐,即使这侵犯了他人的权利和自由。因此贝卡利亚进一步认为,刑罚的功用不在于报复(retribution)而在于威慑(deterrence)。他主张,"刑罚的目的不是要摧残折磨一个感知者,也不是消除业已犯下的罪行"。③ 但若希望刑罚可以有效威慑犯罪,刑罚必须符合迅速、必然与符合比例的特征。贝卡利亚强调不应以残酷刑罚来吓阻人们,主张刑罚应当朝温和公正的方向发展。其"罪刑法定"和"罪刑相当"的主张表明了古典犯罪学家们对中世纪肆意刑罚的不满,主张由民意代表机关来制定符合绝大多数人绝大多数利益的刑法来规范人们的行为。尽管死刑是不必要的,但是贝卡利亚认为长期徒刑是可以接受的。同时监狱的条件应该得到改善,犯人应该依据性别、年龄和罪性大小来分别

① 伏尔泰原名弗朗索瓦·马利·阿鲁埃(François-Marie Arouet),伏尔泰为其笔名。

② Burke, Roger. (2001). An Introduction to Criminological Theory. Devon, UK: Willan Publishing. pp. 22 – 26.

③ [意]贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,北京:中国法制出版社2005年版,第52页。

监管。①

1790年，边沁在其《道德与立法原则导论》(*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*)一书中提出“享乐主义”(hedonism)的概念，认为人在追求物欲与享乐过程中，会极力避免痛苦。对于那些潜在犯罪人而言，若犯罪所带来的痛苦与损失高于收益，则其不免再三斟酌，犯罪动机亦可随之下降乃至消除。边沁强调功利主义(utilitarianism)，即“法律应当保障最大多数人的最大利益”(the greatest happiness shared by the greatest number)。他相信人人都会衡量时下与未来的痛苦与快乐，计算出犯罪与否与投入产出间的关系。故刑罚应当适可而止，即刑罚所带来的痛苦略微超出犯罪所带来的快乐即可。法律是为创设所有人的快乐而生，既然刑罚令人不悦，那么刑罚仅可被用于预防犯罪。

在古典学派看来，凡人皆有自由意志选择从事犯罪行为与否，而其作奸犯科不外乎满足贪婪本性或个人所需，而这又直接源于对善恶进行选择。该学派最显著的特征是强调犯罪人具有计算他得失的能力。② 因而应对犯罪的最好办法便是针锋相对，以相应刑罚吓阻犯罪人不敢越雷池一步。适度与比例相当的刑罚可有效威吓犯罪人。实际上，犯罪古典学派对犯罪原因笔墨不多，相反更多关注如何预防犯罪。这一学派对刑法哲学的影响非常深远，引发了各国刑法的改革、大型监狱的建造及对刑罚和死刑的重新认识。现代刑事司法及少年司法体系和其运作规则无一不受到贝卡利亚、边沁的无罪推定、法律面前人人平等、正当程序、证据规则、限制法官的自由裁量权及罪刑罚相适应等原则的深刻影响。我国台湾犯罪学家许春金对犯罪古典学派给予了很高的评价。在他看来，犯罪古典学派是“代表十八世纪人道主义发挥之最高点，因而特别强调人与法治结构之关系以及刑法之目

① 管子亦有类似论述，在他看来，“治国使众莫如法，禁淫止暴莫如刑。故贫者非不欲夺富者财也，然而不敢者，法不使也；强者非不能暴弱也，然而不敢者，畏法诛也”(《管子·明法解》)。意思即是说，治理国家，使役人民莫如有法，禁止淫乱，抑制暴行莫如有刑。贫者并非不想夺取富者的财物，然而他不敢，是因法律不允许；强者并非不能欺凌弱者，然其不敢，是因畏惧法律惩治。

② Lilly, J. Robert, Francis T. Cullen and Richard A. Ball. (1995). Criminological Theory: Context and Consequences (2nd edition). Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 15.

的乃为谋取及绝大多数人之幸福为主”。[①]

（二）新古典学派

古典犯罪学的主要缺陷在于忽视个体差别。因为不管犯罪人为首犯或惯犯，不问其具体犯罪动机，也不问其生理和心理上有无疾病，只要所犯罪罪名一致，就应该接受同样的刑罚。同时它也没有考虑到社会环境对犯罪的影响，因而没有提出具体而有效的犯罪预防政策。

在贝卡利亚的《犯罪与刑罚》发表后不久，许多国家开始借鉴犯罪古典学派的主张来改革他们的刑事司法体系，比如 1791 年《法国法典》（*French Code of 1791*）。该法典为首部依古典学派基本概念而起草的法典。作为 1789 年法国大革命的直接产物，1791 年法典寻求司法公正和排除任何司法滥用，不考虑个体差别，视每个人绝对平等，根据每个犯罪人造成的具体实际伤害而进行标准化的定罪量刑。但是法国人很快就意识到纯古典主义过于理想化，而未考虑到实际中存在的个体差异。例如少年犯是否应当接受与成年人相同的刑罚？对那些精神上存在问题的罪犯又如何定罪量刑？有鉴于此，美国刑法学家休·泰斯特·李德指出，“古典时期严厉的刑法典最令人震惊的方面也许是没有规定对犯罪儿童作分别处理”。[②]

考虑到实际中在年龄、性别、行为能力等方面存在的差异，法国于 1819 年修订了 1791 年《法国法典》以赋予法官某些自由裁量权，以便对包括未成年人、精神病患者在内的特殊人群进行有别于正常成人的刑罚。针对古典学派对人人有异这个事实视而不见，新古典学派（neoclassical criminology）一方面坚守古典学派中关于人是理性的动物及有自由意志等基本论点，另一方面又适时提出某些犯罪仍为人力所难控制，继而提出所谓“减罪情节”（mitigating circumstances），即某些因素也会影响人们形成犯罪意识。比如过于年幼的未成年人，其身心远未成熟，因而无法形成刑法意义上的犯罪意识。所谓的新古典学派则是对古典犯罪学派的一种修正，两者

---

① 许春金：《犯罪学》（第三版），（中国台湾）“中央”警察大学印行 2000 年版，第 26 页。

② 转引自姚建龙：《少年刑法与刑法变革》，北京：中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 37 页。

对犯罪的认识和犯罪控制主张非常相似,都认为人是有理性的、具有自由意志和追求快乐的天性。

在运用古典犯罪学派解释未成年人犯罪及刑法援用上,美国犯罪学家丁·强平希(Dean Champion)主张对未成年人科刑时应考虑以下减罪情节:未成年人所犯罪行尚未涉及严重肢体损伤,未危及被害人生命、健康;未成年人犯罪时未试图以严重暴力相威胁;未成年人之所以犯罪是基于其受到胁迫或极端挑衅等情境之下;辩解理由充分的情节,包括防卫过当;未成年人有精神失常(mental incapacitation)或肢体残缺等缺陷显著影响其行为;未成年人积极与政府合作,在抓捕其他漏网同犯时有重大立功表现或积极偿付被害人损失;未尝有既往犯罪或偏差记录及年龄因素,原则上来说年龄愈小,处罚愈轻。①

与减轻情节相对应的便是所谓的"加重情节"(aggravating circumstances)。强平希亦提出对未成年人加重情节的八点考虑:未成年人的罪行造成一人或一人以上死亡或重伤;未成年未决犯在等待量刑时触犯新罪;问题少年尚处于缓刑、假释或者监外作业(work release)时触犯新罪;问题少年有既往犯罪记录;问题少年在共同犯罪中起领导或主导作用;所从事的犯罪涉及两个以上的被害人;在实施犯罪过程中,未成年人手段极其残忍;在实施犯罪过程中,未成年人以武器威胁相威胁。②

(三)理性选择理论与日常活动理论

日常活动理论和理性选择理论基于对古典学派忽视个体差异的批判,日益得到犯罪学家们的重视。

1. 理性选择理论

20世纪70年代末80年代初,理性选择理论(rational choice theory)风生水起,应时而生。该理论由美国犯罪学家罗纳德·克拉克(Ronald Clarke)与德里克·柯尼斯(Derek Cornish)于1986年正式提出,强调个人决

---

① Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp.407-408.

② Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp.405-407.

策中自我利益衡量的作用。该理论假定犯罪人通过违法以寻求某种获益，犯罪人作为积极的决策者会对犯罪机会进行成本效益分析。在一定意义上说，行为人都是理性的：他们计算出相对的成本和替代行动的效益，并从这些计算中，作出最大化期望效益的选择。①

根据这种观点，违法行为被看做是由犯罪人的自我风险决定的。换言之，犯罪人会考虑到个人情况（即资金需求、个人价值观、学习经验）和情境因素（标的保护状况、邻里关系及警方效率等）后，才选择是否触法。特别是，犯罪人必须考虑到逮捕的可能性、预期惩罚的严厉程度、犯罪集团的价值及其立即获得犯罪受益的可期待性。② 如同古典犯罪学派，理性选择理论同样宣扬人人皆有自由意志，但一定的背景（background）和情境（situational）因素可以预测人走向犯罪与否。背景因素可能包括智力、成长经历和个性，而情境因素则可能包括同侪压力、药物依赖性和犯罪标的的脆弱性等。③ 在其发展过程中，理性选择理论逐步形成两个主要次级理论，其中一个强调被害性，为日常活动理论；而另一个则师承理性选择理论衣钵，乃是对其延伸，为情景机会理论（situational choice theory）。

2. 日常活动理论

承继自古典学派中的理性选择主义，日常活动理论（routine activities theory），又称“生活方式理论”（lifestyle theory），由美国犯罪学家劳伦斯·科恩（Lawrence Cohen）和马库斯·菲尔逊（Marcus Felson）于1979年提出。日常活动是指经常性的普通活动，包括学习、工作、娱乐、社会交往等日常活动。该理论认为，犯罪等非法活动的发生，在时空关系上需与日常生活合法活动相配合。换言之，被害人的日常活动影响了犯罪发生的几率，因而影响“直接接触掠夺性犯罪”（direct contact predatory crime）的发生。而所谓直接接触掠夺性犯罪，是因为这些犯罪系犯罪人与刑事被害人或是犯罪被害

① Akers, Ronald. (1990). Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory: The Path Not Taken. Journal of Criminal Law and Criminology. 81(3), pp. 653-676.

② Schmalleger, Frank. (2006). Criminology Today: An Integrative Introduction. (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 118.

③ Home Office. (2004). On-line Learning: Rational Choice Theory. Retrieved January 26, 2007, from http://www.crimereduction.homeoffice.gov.uk/learningzone/rct.htm.

物在同一时空下有直接的身体接触,而接触促进了犯罪可能发生的机会。日常活动理论以前的犯罪学理论均偏重于犯罪人犯罪原因的探讨,而它则跳出以犯罪人为中心的传统理论模式,以机会来说明犯罪的发生。其认为即使将有犯罪倾向者控制在一定的数量内,但因社会环境的改变、人类活动方式发生变化,促成犯罪机会的增加,犯罪率仍会上升。

劳伦斯·科恩和菲尔逊认为有犯罪倾向者(motivated offender)、适合的犯罪标的物(suitable target)及足以遏止犯罪发生的抑制者的缺席(incapable, unwilling, or absent guardians),三者若能在一定时空集合,犯罪则很有可能发生。[①] 因主张犯罪的发生是通过三种要素同时产生而形成,该理论也因此被称为"基本犯罪三角理论"(basic crime triangle)。在两人看来,社会中有相当数量的潜在犯罪人。由于社会急速变迁,人们的日常活动方式随之发生相应变化,以致犯罪可在时间和空间上与日常活动相结合,直接造成犯罪机会的增加,如逃学少年、失业者与吸毒人员等都是有犯罪倾向者。劳伦斯·科恩和菲尔逊还认为犯罪控制者或抑制者并非单纯指警察或保安,而是泛指足以遏止犯罪发生的力量,即所谓的"足以遏止犯罪发生的抑制者"。"抑制者"既可以是人,也可以是物。前者包括巡警、保安、亲戚朋友等,后者包括诸如邻里守望(neighborhood watch)、闭路电视监视系统(Close Circuit Television,简称 CCTV)等等。

三、犯罪生物学理论

(一)早期实证犯罪学派

随着 19 世纪自然科学的发达,其严谨的研究方法亦为社会学等学科提供了成长的动力与工具。查尔斯·达尔文(Charles Darwin,1809—1882)的进化论逐步取代了启蒙思想对犯罪学的影响,科学地寻求犯罪原因取代了理性选择。特别是受社会学鼻祖奥古斯都·孔德(Auguste Comte,1798—1857)的影响,犯罪实证学派(positivist criminology)强调采取可测试假说、

---

① Cohen, Lawrence and Marcus Felson. (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. American Sociological Review. pp. 588 - 608.

比较方法、社会分类、系统研究社会历史与研究异常现象的研究方法,[1]逐渐取得了犯罪学研究的主导地位。实证主义犯罪学一般认为:犯罪行为受犯罪人的个体外在力量所制约,而非个人能力所能控制,反对古典学派的“自由意志论”,倡导“决定论”。这些外在力量可以是生物的、心理的及社会的因素。丹麦犯罪学家乔真·杰普森(Jorgen Jepsen)与美国社会学家埃里克·杰森(Eric Jensen)认为,成功的少年司法制度来源于以大量实证研究为根基的政策制定与实施。[2]

早期的实证学派受当时医学、生物学、心理学和化学等学科影响很大。以意大利犯罪学家切萨雷·龙勃罗梭(Cesare Lombroso,1836—1909)为代表的犯罪人类学派开创犯罪实证主义研究的先河,犯罪学开始把犯罪人作为动物或者生理的有机体来研究。这些研究主要集中在特征与遗传缺陷、犯罪家庭、孪生与收养研究、XYY染色体与犯罪行为等方面。

(二)龙勃罗梭与天生犯罪人

19世纪晚期,就犯罪与未成年人偏差行为成因的研究主要侧重于行为人与正常人的外在生理区别。被誉为“现代犯罪学之父”的意大利人龙勃罗梭,是运用实证研究方法来探寻犯罪原因的开山鼻祖。1876年,龙勃罗梭出版了使其名噪一时的名著《犯罪人》(*The Criminal Man*)。书中,他精心阐述了对两类特定社会群体——犯罪人与士兵的观察结果。通过长期观察分析,他断定犯罪人具有独特生理特征,驱使其作恶的原动力便是其某些外在特征有较强原始性,即“隔代遗传”或“祖形重现”(atavism)。他认为犯罪人具有生理上的特殊特征,均是隔代遗传而来,认为这些缺陷或者生物学上的退化是导致犯罪的主要原因。

在此基础之上,他提出“天生犯罪人”(born criminal)观点。龙勃罗梭认为惯常性犯罪人外在表现常常有异于常人的特征,而准确发现这些特征

---

① Williams III, Frank, and Marilyn McShane. (1996). Criminological Theory (3rd edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 35.

② Jensen, Erc and Jorg Jepsen. (2006). Conclusions: Themes, Trends, and Challenges. In Erc Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. p. 456.

可以帮助识别犯罪人。[①] 这些理论不免有些荒诞不经而经不起过多推敲,但其以实证方法探寻犯罪原因则首开犯罪生物学研究先河。若以今日眼光回视之,仍有部分可取之处,特别是其强调外表与犯罪间的关系更是如此。国内外许多对儿童及青少年的研究发现,外表会影响自信心(自我概念、自我形象)与人际关系,甚至是能力表现与学业成就。[②]

在《犯罪人》一书中,龙勃罗梭特别在《犯罪的病因:气候、种族、文化、饮食、遗传、年龄》中专章探讨年龄与犯罪之间的关系。根据其对意大利人、英国人与奥地利人犯罪的比较分析,龙勃罗梭发现绝大多数犯罪发生在十五至二十五岁之间。[③] 继而,龙勃罗梭又指出,青春期后期会出现“一种本能的犯罪倾向”,而这又往往被认为是男性气概的证明,这不同程度地诱发未成年人走向犯罪。在罗列数位当时穷凶极恶犯罪人的供述后,龙勃罗梭强调“严重的犯罪人都是在年轻的时候脱颖而出的,尤其是在青春发育期内,有时候甚至是在此之前”。在此基础上,龙勃罗梭指出,犯罪的早熟性比精神失常的早发性更为常见,因而犯罪比精神失常更容易受先天性因素的影响。[④]

【案例二十】

1966年8月1日,时年二十五岁的约瑟夫·惠特曼(Joseph Whitman)在杀死他妻子和母亲后又在得克萨斯大学奥斯丁分校校园射死了14位无辜行人,并伤及32人。[⑤] 在警方狙击手将惠特曼击毙后,验尸报告发现惠特曼脑部有块恶性肿瘤,这种类型的肿瘤一般被认为可以导致无理性的突发暴力行为。据全美32位

① [意]切萨雷·龙勃罗梭著,黄风译:《犯罪人论》,北京:中国法制出版社2005年版,第322页。

② 陈彦君、李宛庭:《体态语言学——以中小学教师之体态语言为例》,载(中国台湾)www.mcu.edu.tw/department/app-Lang/china/e/paper2-94/9404.doc,2008年1月3日。

③ [意]切萨雷·龙勃罗梭著,黄风译:《犯罪人论》,北京:中国法制出版社2005年版,第235页。

④ [意]切萨雷·龙勃罗梭著,黄风译:《犯罪人论》,北京:中国法制出版社2005年版,第236—237页。

⑤ Wikipedia. (2012). Charles Whitman. Retrieved Feburary 13, 2012, from http://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Whitman.

最著名医学专家的诊断，这块肿瘤可能导致了惠特曼的犯罪行为，而且是促成这次大屠杀的主要推动力。[1] 这也可视为犯罪人类学派或生物学派在现代发展的一个注脚。

（三）特征与遗传理论

1. 体型研究

特征理论（trait theory）形成于20世纪初，强调特定人群与众不同的心理与生理特征，这些特征为揭开未成年人犯罪与偏差提供原动力。这派学者认为遗传、体型、染色体等生物学意义上的个体特征与犯罪偏差存在千丝万缕的联系。尽管生物学特征与具体犯罪行为并不存在必然联系，直至20世纪初叶仍有许多生物学家对这方面的研究趋之若鹜。

20世纪30年代，美国人类学家厄尼斯特·胡敦（Earnest Hooton，1887—1954）创立了“犯罪人体型分类”（physical typology of criminals）。1949年，威廉·谢尔顿（William Sheldon，1898—1977）在其所著《各种不同的少年犯》（*The Varieties of Delinquent Youth*）中，主张行为乃系身体结构的再现，更是将其发挥到了极致。在对200名少年犯经历的细致分析后，他将人体体型（body types）划分为三类：一是骨质型（mesomorphs），为体能较强的运动员；二是瘦长型（ectomorphs），即身材瘦小之人；以及矮胖型（endomorphs）体态臃肿之人。在谢尔顿看来，不同类型的未成年人均具有不同的性情。而三类未成年人中，第一类人被认为其外形即可明显表征犯罪动机，尽管所述语焉不详。他强调从生物观点来解决犯罪问题，并提出“选择性养育”（selective breeding）是减少未来犯罪的有效方法。[2]

波兰裔美国犯罪学家谢尔登·格卢克（Sheldon Glueck，1896—1980）与妻子埃莉诺·格卢克（Eleanor Glueck，1911—1972）也于20世纪30年代对500名问题少年与500名非问题少年进行了深入剖析，追踪其自儿童期至成年期的发展历程。研究结果发现，那些较早参与犯罪的未成年人在其长

---

① Lanier, Mark and Stuart Henry.（2004）. Essential Criminology（2nd edition）. Boulder, CO: Westview Press. pp. 101 - 102.

② 蔡德辉、杨士隆：《犯罪学》（增订四版），台北：五南图书出版公司2006年版，第41页。

大成人后更多涉及犯罪活动。具体说来，骨质型所占比例与谢尔顿先前研究大体相当，约占六成犯罪人（60%）；而此种体型之人在非犯罪人中仅占三成（31%）。根据他们的发现，凡与家人关系紧张、智商低下及肌肉发达的未成年人从事偏差行为显然较其他人等为高。①

2. 犯罪家庭研究

以生物视角，早期遗传研究对以血缘为纽带的家庭关系与犯罪间的关系孜孜以求。其中以美国社会学家理查德·杜戴尔（Richard Dugdale，1841—1883）所进行的朱克家族（Juke family）研究及心理学家亨利·戈达德（Henry Goddard，1886—1957）的卡利拉克家族（Kallilak family）研究最为著名，其中朱克与卡利拉克均系化名。

1877年，杜戴尔依据其研究写就《朱克家族：犯罪、返贫、疾病与遗传研究》（*The Jukes: A Study in Crime, Pauperism, Disease and Heredity*）。

【案例二十一】

在杜戴尔为纽约监狱协会（New York Prison Association）所进行的一项研究中，他对有着六代犯罪人的荷兰裔家族探寻其家族史。75年间，这个家族繁衍了1,000名后代，其中280名乞丐、60名职业惯偷、7名凶杀罪犯及140名其他类型罪犯、50名娼妓、300名早产儿、440名性病患者。②

1912年，戈达德出版《卡利拉克家族：低能遗传研究》（*The Kallikak Family: A Study in the Heredity of Feeble-Mindedness*）一书。戈达德首先从黛博·卡利拉克（Deborah Kallikak）入手调查其族谱宗系（family trees）。

【案例二十二】

始祖马丁·卡利拉克（Martin Kallikak）原系世家子弟，在北美

---

① Glueck, Eleanor. (1958). Body Build in Prediction of Delinquency. Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science. 48(6), pp. 577 - 579.

② Lanier, Mark and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p. 97.

独立战争时从军，战功显赫。在其解甲归田途中，马丁不期邂逅一弱智女侍，不久结为连理。其与弱智妻子所生后代繁衍之480人中，多生活潦倒、精神失常、犯罪性强及智商低下，成为弱智、娼妓、作奸犯科的人不计其数。而与之形成鲜明对比的是，马丁之续弦神志清醒，其与马丁所生子女的后代则几乎都富有、聪颖与正直。这条线上的496名后代中，没有一人作奸犯科，许多人成为令人羡慕的律师、医生与神父，仅有三人行为举止异于常人。①

这些论辩曾被用来佐证优生优育的重要性，其中朱克家族系犯罪遗传，而卡利拉克家族则被认为是智力迟钝。在杜戴尔等人看来，这些家族之所以长久、持续犯罪或越轨有可能归结于祖先犯罪基因之代代相传。戈达德建议将此类人员与大众隔离开来，但无论怎样对其教化都无济于事。他继而主张对未成年人的保育应施行选育，并倡导推广"优生学"(eugenics)这一概念。

犯罪家庭遗传研究的主要问题在于忽视外在环境对人选择犯罪与否的控制因素，由此引发的优生学带有明显的种族歧视，这实际上是对那些智商低下的未成年人权利的生生剥夺，这种观念在美国也曾盛极一时。1914年，供职于美国纽约冷泉港实验室(Cold Spring Harbor Laboratory)"优生学记录室"(Eugenics Record Office)的优生学家哈里·劳克林(Harry Laughlin, 1880—1943)发表《模范优生绝育法》(*Model Eugenical Sterilization Law*)，鼓吹对智力低下、有犯罪性、精神失常、癫痫的人实施绝育。在他的计划中，甚至连聋哑人、无家可归者、贫民亦被列入绝育的黑名单。在推动所谓"优生犯罪学"(eugenic criminology)中，哈里与优生学记录室的其他同事扮演了极不光彩的角色。优生犯罪学认为犯罪性的根源在于恶基因(bad genes)代代相传，主张以"弱智犯罪人"(feebleminded criminal)取代"有缺陷的问题少年"(defective delinquent)概念。在优生犯罪学家看来，解决犯罪性的最直截了当的办法就是对弱智妇女强制实施绝育，从而杜绝其孕育后代。②

① Brown, Stephen E., Finn-Aage Esbensen and Gibert Geis. (1991). Criminology: Explaining Crime and Its Contexts. Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p. 266.

② Schmalleger, Frank. (2006). Criminology Today: An Integrative Introduction. (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 160.

1914 年,《卡利拉克家族:低能遗传研究》被译为德文出版。并于 1933 年再版,是年希特勒上台。纳粹德国将所谓优生学与其社会达尔文主义(Social Darwinism)结合起来,宣传其雅利安民族为优等民族,其他民族特别是犹太人与吉普赛人为“不适合生存”的劣等民族而应予以清除的谬论。戈达德的研究与希特勒的言论在很大程度上具有趋同性。[①] 而更令人发指的是,纳粹党更将哈里的荒谬“理论”付诸实现,将其《模范优生绝育法》视为对 35 万多无辜者采取强制绝育的法律基础。1936 年,哈里还恬不知耻地接受德国海德堡大学授予的荣誉学位,以“褒奖”其在“种族清洗科学”(science of racial cleansing)领域的“贡献”。[②]

即便是在自诩为人权大国的美国,20 世纪 20 年代政府亦曾推行强制绝育。早在 1907 年,印第安纳州便通过了美国首部优生绝育法,但强制绝育一直到 20 世纪 20 年代才渐成气候。1927 年,在备受非议的“巴克诉贝尔”(Buck v. Bell)一案中,美国联邦最高法院明确赞成对低能者实施强制性绝育(sterilization)。

【案例二十三】

案发时,十八岁的卡莉·巴克(Carrie Buck)与同样智力低下的母亲住在弗吉尼亚州“癫痫患者与智力低下者居留所”(State Colony for Epileptics and Feeble Minded),并产有一弱智女孩,也就是说祖孙三代均智商低下。1924 年 3 月 20 日,该州以《模范优生绝育法》为蓝本通过《优生绝育法》(*Eugenical Sterilization Act*),以优生学为名要求为“病人健康与社会福利”可在某些情形下对弱智女性实施强制绝育手术。同年 9 月 10 日,居留所主管向该所理事会申请对他声称智力仅相当于九岁孩童的巴克绝育,并认为巴克对社会存有基因危险。随即,理事会颁发绝育令,而巴克监护人对此不服,遂辗转上诉至联邦最高法院。1927 年 5 月 2 日,在 8:1

① Gado, Mark. (2007). Criminal Mind. Retrieved May 28, 2007, from http://www.crimelibrary.com/criminal_mind/psychology/crime_motivation/5.html.

② Lombardo, Paul. (2007). Eugenic Sterilization Laws. Retrieved September 23, 2007, from http://www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay8text.html.

的压倒性判决中，大法官奥立佛·霍尔姆斯(Oliver Holmes Jr.，1841—1935)认为，为了国家的最佳利益，不能让那些“不适于生存者”充斥于大街小巷。① 他最为后人所诟病的是其甚至称，“(连生)三代蠢人太糟了”(*Three generations of imbeciles are enough*)，实现社会的“纯种”基因较个人肢体完整要重要得多。②

本案之后，多达8,300名弗吉尼亚居民被强制绝育，十几个州亦跟风通过或修改相关强制绝育法律。③

无论是美国联邦宪法还是后来通过的《权利法案》都未明文规定“生育权”，这为以优生借口对弱智或其他社会弱势群体实施强制绝育大开方便之门。1935年，俄克拉荷马州通过《常习犯绝育法》(*Habitual Criminal Sterilization Act of* 1935)，要求对犯有三次及以上涉及道德败坏重罪的累犯(repeat criminal)进行强制绝育。

【案例二十四】

在“斯金纳诉俄克拉荷马州”(Skinner v. Oklahoma)一案中，斯金纳触犯三次重罪，包括十九岁时偷鸡一次及此后持械抢劫(armed robbery)两次。1936年，俄克拉荷马州总检察长拟启动《常习犯绝育法》对斯金纳实施强制绝育。斯金纳对此不服，主张该法违宪。在随后的审理中，陪审团认定对斯金纳绝育合法，而俄克拉荷马州最高法院也以5:4的微弱多数赞成上述判决。1942年6月1日，联邦最高法院一致通过判决，宣告该项针对受刑人强制绝育的法律违反了第十四修正案的平等保护条款，因而违宪。最

① Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

② 1994年，改编自真实案例的电视剧《事与愿违：卡莉·巴克传奇》(Against Her Will: The Carrie Buck Story)在美国热播，又一次引发了人们对这一段惨痛历史的回忆与反思。影片中的女主角、奥斯卡影后玛丽·玛特琳(Marlee Matlin)凭借该片的上佳表演获得有线频道王牌奖最佳电影女演员奖提名，当然这是后话不提。

③ Lombardo, Paul. (2007). Eugenic Sterilization Laws. Retrieved September 23, 2007, from http://www.eugenicsarchive.org/html/eugenics/essay8text.html.

令人瞩目的是威廉·道格拉斯大法官(William Douglas,1898—1980)首次宣示生育权(procreation)作为宪法位阶的基本人权,除非严格审查否则不得随意剥夺。①

至此,强制绝育才勉强画上了个句号,但争论余波未了,仍远未止息。这场旷日持久的由政府主导的荒唐闹剧一直到1963年前后才偃旗息鼓,计有6.4万美国人被非自愿绝育。②

3. 孪生与收养研究

除了特征理论与犯罪家庭研究外,对犯罪基因研究的主要推动力还来自孪生与收养研究。孪生与收养研究在很大程度上推动了基因犯罪学的发展,为我们深入理解犯罪成因提供了独特视角。

孪生研究,又称双胞胎研究(twin studies),对于发现和判断基因与遗传对犯罪与偏差上具有开拓性意义。孪生可分为单卵孪生与双卵孪生,前者在双胎中的出现率小于后者。单卵孪生(monozygotic twins)由一个受精卵分裂而成的双胎妊娠,遗传物质组成相同;双卵孪生(dizygotic twins),由两个卵子分别受精形成的双胎妊娠。国外的研究人员比较了上述两种双胞胎,认为单卵孪生双胞胎均犯罪的概率要高于双卵孪生。这其中最著名的研究当属卡尔·克里斯迪逊(Karl Christiansen)对3,568对出生于1881—1910年间丹麦双胞胎所进行的研究。结果发现,52%的单卵孪生双胞胎有相同程度的在案犯罪行为,而双卵孪生双胞胎这一比例不过22%。③ 这方面的研究因过度依赖官方统计、辨认单双卵操作性难、样本误差及未将环境因素考虑其中等原因而广受争议。

收养研究(adoption studies)对于深入了解遗传与环境对人类特质和精神障碍亦非常有意义。其重要性表现在两点,即亲生父母(biological parents)与收养父母或环境父母(environmental parents)对子女在行为、人格

---

① Skinner v. Oklahoma ex rel, 316 U.S. 535 (1942).

② Einstadter, Werner and Stuart Henry. (1995). Criminological Theory: An Analysis of Its Underlying Assumptions. Fort Worth, TX: Harcourt Brace & Company. p.91。

③ Lanier, Mark and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. pp.110-111.

与精神病理等方面形成的影响。通常情形下,父母与亲子间的联系源于基因或遗传,而收养少年与其环境父母间的联系则主要来自环境。犯罪学家们很快将收养研究付诸于犯罪学之中,着重点在于出生时即被收养的儿童是否继承其亲生父母的犯罪性,这其中包括巴利·哈钦斯(Barry Hutchings)与其同事对出生于1927年至1941年间被收养者的实证调查。在这一研究中,他们发现若未成年男性的收养父母有犯罪记录而其亲生父母没有犯罪记录的话,这些被收养男童中有11.5%是犯罪人,这与亲生父母和收养父母都没有犯罪记录而被收养男童中亦有10.5%为犯罪人相差无几。不过倘若收养男童的收养父母没有犯罪记录而其亲生父母却有犯罪记录时,被收养男童中22%是犯罪人。而且若收养父亲与亲生父亲都有犯罪记录,则被收养男童中超过三分之一(35%)是犯罪人。①

4. XYY 性染色体研究

与生物社会学联系最为紧密的XYY性染色体(XYY syndrome)研究,为我们理解未成年人犯罪提供了又一生物学独特范例。该理论基本出发点在于染色体异常可导致暴力与犯罪。正常人体之中存续有23对染色体,其中一对性染色体决定个体第一性征及第二性征。这对性染色体包括X与Y两种基本性染色体,X性染色体表征女性特征,被认为较被动性;而Y性染色体则表征男性特征,被认为富有侵略性。通常情况下,X性染色体与Y性染色体结合为XY,为男性;而两个X性染色体结合成的XX染色体为女性。而有时某些男性可能会比正常男性多出一个Y染色体,即其性染色体为XYY,而被称为"超级男性"(super-male)。因Y染色体代表好斗与侵略性,则此类男性远较正常男性暴力倾向明显,因而从事犯罪的概率也较高。②

综合有关医学文献,XYY性染色体患者体征具有不对称脸、轻度漏斗状胸、轻度翼状肩、长耳等常见症状。③ 除了这些外在体态特征外,此类患

---

① Lanier, Mark and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p.111.

② Vold, George B. and Thomas J. Bernard. (1986). Theoretical Criminology (3rd edition). New York, NY: Oxford University Press. p.93.

③ 李志坚、王忠伟、杨利丽、薛燕滩:《47,XYY 一例》,载《中华医学遗传学杂志》2005年第6期,第611页。

者还存在智商低下、协调性差和性格暴躁等特点。云南省计划生育技术科学研究所遗传室曾接触一病例,据称该2岁患儿“智力低下”、“中枢性协调障碍”、“经常抓破自己的面部”、“性情暴躁,常与周围小朋友打架”。[①] 国外有许多遗传学家与犯罪学家认为因XYY性染色体异常而导致的诸如“智力低下”、“中枢性协调障碍”及“性情暴躁”等特征与犯罪性存在一定联系。英国的研究人员曾对英格兰与苏格兰地区犯罪性精神病院进行普查,结果发现XYY性染色体异常的占2%,而普通人群中这种发病率不过0.11%,即前者是后者的18倍之多。[②]

这类研究在20世纪六七十年代盛极一时,影响较大。1968—1975年,美国精神病学家斯坦利·华尔泽(Stanley Walzer)对新生儿予以鉴别并记录其性染色体。不过,此项研究因遭受诸多压力而中途夭折。1971年,时任美国总统医疗顾问的阿诺德·核茨尼克(Arnold Hutschonecker)更提出大胆研究计划,准备对全美六岁儿童进行性染色体检查,目的在于将那些有严重潜在犯罪倾向的未成年人送诸治疗。由于各种原因,这项计划最终亦胎死腹中。

在此类研究推动下,许多英美遗传学家与犯罪学家主张行为人XYY性染色体异常会导致“智力低下”、“中枢性协调障碍”及“性情暴躁”等特征,这与犯罪性存在一定联系。不过,因缺乏坚实科学基础,大多数国家现已否弃XYY性染色体抗辩。[③]

以染色体异常来判别潜在犯罪与否,应当说为犯罪预防提供了全新的视角。但问题是染色体异常与犯罪是否存在必然联系尚缺乏足够实证研究成果的支持。长远来看,更加精确的脱氧核糖核酸(DNA)鉴定技术、统计手段都可以帮助我们对这个问题有更加深入的理解。

5. *最新研究动态*

人体对特定营养成分的吸收在很大程度上也会影响有关组织机能正常

---

① 司宝敏、王亚萍、叶峻杰:《47,XYY一例》,载《中国优生与遗传杂志》2005年第12期,第52页。

② 经承学、谢湘芝、苏瑞琼、李树全:《XYY综合征与行为异常》,载《中国行为医学科学》1995年第2期,第89页。

③ Garner, Bryan A. (editor). (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 1645.

运转,继而影响未成年人正确作出分析。英国有营养药理专家认为膳食不合理的人更有犯罪倾向,因而改善饮食可预防青少年犯罪。其还举例说,给少年犯多吃水果和蔬菜,减少摄入糖和软饮料,辅以特别营养配方,如多种维生素和矿物质,每天 1 至 2 克鱼油,其违反纪律的现象便会有所减少。①

【案例二十五】

2003 年,挪威儿科专家英格丽·海伦德(Ingrid Helland)与其同事就儿童智商作了两组随机、双盲比较。第一组中母亲怀孕与哺乳期间分别进服欧米茄-3 脂肪酸和鱼肝油,而第二组母亲则分别进服欧米茄-6 脂肪酸与玉米油补充剂。大量证据表明,欧米茄-3 脂肪酸是大脑和眼睛正常发展不可或缺的,但许多人都缺乏欧米茄-3 脂肪酸。至于欧米茄-6 脂肪酸,人体普通摄取量已经足够。在这些母亲的孩子长到 4 岁时,以"考夫曼儿童成套评估测验"(Kaufman Assessment Battery for Children,简称 K—ABC)对 84 个孩子进行智商测试。研究发现,第一组孩子的智商明显较第二组为高。进一步研究又确认这种差异仅由欧米茄-3 脂肪酸造成。② 除了影响胎儿智商发育外,该研究还发现怀孕与哺乳期间的孕(产)妇饮食结构还会影响婴儿行为发展,继而可能会造成其以后偏差甚至犯罪。③

随着科技革命的深入推进,目前对未成年人犯罪与偏差的生物化学分析更进入前所未有的境界。一般来说,性荷尔蒙(sexual hormones)、血糖度(blood sugar levels)、肾上腺素之敏感性(adrenaline sensitivity)、过敏及节食

① 参阅李孟苏:《孩子们怎么了?》,载《三联生活周刊》网站,http://www.lifeweek.com.cn/2002-09-26/00053891.html,2002 年 9 月 26 日。

② Helland, Ingrid etc. (2003). Maternal Supplementation with Very-Long-Chain Omega-3 Fatty Acids During Pregnancy and Lactation Augments Children's IQ at 4 Years of Age. Pediatrics. 111(1), pp. 39-44.

③ Schmalleger, Frank. (2006). Criminology Today: An Integrative Introduction. (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 153.

(allergies and diet)及毒品滥用(substance abuse)五类生物化学解释对理解犯罪及犯罪行为有一定意义。[1] 不过二者间关系究竟如何尚无定论,因而争议颇多。以轰动美国传媒并造成1979年旧金山骚乱的一案为例,该案涉及所谓食用高糖食品所引发的负面后续效果。

【案例二十六】

1978年11月27日,曾任美国旧金山市政主任的丹·怀特(Dan White)因工作复职无望而迁怒于市长与新任市政主任,持枪由地下室潜入市政厅,并射杀两人致死。在其后庭审中,精神病学专家作证称怀特案发前曾进食大量夹心蛋糕及饮用可口可乐,这些高糖分零食使其脑部化学物质失衡而陷入抑郁,从而降低自控能力。让人大跌眼镜的是,法庭居然接受此项证词,宣判怀特蓄意杀人罪(voluntary manslaughter)成立,获刑不过7年8个月。该证词被报章称为“甜点抗辩”(twinkie defense),而整个事件更于1999年被拍成电影《铁腕风暴》(*Execution of Justice*)。[2] 其后人们常用这个词来贬指犯罪人以所谓的非正常生物因素导致其产生犯罪动机,继而声称无须承担刑事责任,或即使需承担刑事责任也应减轻刑罚的狡辩。

再以2005年轰动全美的“洛普尔诉西蒙斯”(Roper v. Simmons)[3]一案为例,该案因废止对十八岁以下未成年人适用死刑而备受国际社会关注。

【案例二十七】

在各项主张废止未成年人死刑的理由中,即包含未成年人大脑和行为的研究分析。包括美国青少年精神病学会在内的八个医

---

① Burke, Roger H. (2001). An Introduction to Criminological Theory. Devon, UK: Willan Publishing. pp. 67 - 71.

② Wikipedia. (2007). Twinkie Defense. Retrieved September 20, 2007, from http://en.wikipedia.org/wiki/Twinkie_defense.

③ Roper v. Simmons, 543 U.S. 551(2005).

学组织，向联邦最高法院递交了一份引用大量的神经科学和行为学研究成果的报告。该报告称大脑发育一直持续到二十五岁左右，届时最后一块发育的区域是前额叶。前额叶阻止人们作出轻率、冲动的决定。[①] 科学家们认为正是发育上的差异导致某些未成年人铤而走险，因而不需要对其施加极刑。

食品添加剂及环境污染也越来越被认为与犯罪存在着千丝万缕的关联。千百年来，自然界与人类和谐相处。但伴随商品经济的迅猛发展，人类对自然界的掠夺无以复加，打破了原有的动态平衡。铅、铝、铜、镉等重金属过度发掘与后续开发、因汽车尾气排放等产生的二氧化碳及因水电开发导致的环境蜕变等都可能造成未成年人心绪不宁，情感不稳定。最近几年国外的研究已表明，人工色素、香料与儿童血液中的铅含量对未成年人犯罪与偏差有负面影响。[②] 美国匹兹堡大学的一项研究发现，犯罪被拘捕的都市青少年体内含铅量较遵纪守法的同龄人高出 3 倍。[③] 国内外一些列研究还发现，摄入人造色素和防腐剂会加剧未成年人多动症症状；让儿童远离各种加工食品之后，其多动症、注意力不集中、学习障碍、侵略性行为等都有所改善。[④]

四、犯罪心理学理论

（一）概述

社会飞速发展带来发达物质文明的同时，亦易使人心理焦虑不安，这些负面影响在未成年人身上表现尤为突出。许多犯罪心理学家主张，冲动性

---

① 三思编译：《美国最高法院废除未成年人死刑：对未成年人大脑和行为的研究进展可能影响了这一决定》，载 http://www.oursci.org/magazine/200503/news/030202.htm，2005 年 3 月 2 日。

② 蔡德辉、杨士隆：《犯罪学》（增订四版），台北：五南图书出版公司 2006 年版，第 60 页。

③ 陆勇强：《朱利安尼的"秘密"》，载《今晚报》2008 年 12 月 24 日。

④ 范志红：《谁最该远离添加剂食品?》，载《南方周末》2008 年 12 月 25 日。

(impulsivity)、同情心(empathy)与内外控制焦点(locus of control)是促成未成年人犯罪的主要心理原因。① 未成年人血气方刚,然心理承受能力仍相当有限。一有点风吹草动,便动辄以拳脚相加,刀械以对。据研究,美国超过两成的二十一岁以下青少年有严重心理健康问题,而一成未成年人的心理疾病严重到足以影响其日常生活。美国研究人员曾采用"儿童诊断面晤计划"(Diagnostic Interview Schedule for Children)对伊利诺伊州库克郡少年临时拘留所(Cook County Juvenile Temporary Detention Center)1995 年 11 月 20 日至 1998 年 6 月 14 日关押的少犯年进行心理健康调查,内容包括情感(主要指抑郁发作、心境恶劣、躁狂不安)、精神病、焦虑(恐惧、分离焦虑、过度焦虑、广泛性焦虑症、强迫症)、注意力不集中/多动障碍(多动症)、破坏性行为及药物滥用六个方面。结果发现,近 2/3 的男性与近 3/4 的女性都不同程度地出现一种或以上精神问题。② 研究亦表明,现美国少年司法体系中有九成未成年人患有某些特定心理疾病。③ 据澳大利亚新南威尔士州 2006 年所进行的调查,在该州少年司法中心的被拘留人员中,心智有缺陷的比率高达 17%。④

《中国儿童的生存与发展:数据与分析》报告显示,在我国十七岁以下少年儿童中,至少有 3,000 万人受到各种情绪障碍和行为问题的困扰;5.2%的儿童存在明显的躯体化、强迫症状、人际关系敏感、抑郁等心理健康问题。⑤ 我国犯罪心理学者罗大华将少年心理发育与心理发展之间的主要矛盾总结为:精力旺盛与缺乏支配力的矛盾,好动好奇与分辨是非能力差的

---

① 参阅林瑞钦:《青少年暴力犯罪之成因:心理因素》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司 2002 年版,第 53 页。

② Teplin, Linda, Karen Abram, Gary McClelland, Amy Mericle, Mina Dulcan, and Jason Washburn. (2006). Psychiatric Disorders of Youth in Detention. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.2.

③ Bonham, Elizabeth. (2006). Adolescent Mental Health and the Juvenile Justice System. Pediatric Nursing, 32(6). p.591.

④ [澳] 瓦尔达·鲁斯恩:《澳大利亚新南威尔士州少年司法部在少年司法系统中的角色》,载《青少年犯罪问题》2009 年第 4 期,第 57 页。

⑤ 中国儿童中心:《中国儿童的生存与发展:数据与分析》,转引自国家人口和计划生育委员会网站,http://www.chinapop.gov.cn/TKLZ/t20061225-144518645.html, 2006 年 12 月 25 日。

矛盾,容易兴奋与控制力差的矛盾及性机能发育成熟与性道德、性法制观念缺乏的矛盾。[①] 青少年教育专家孙云晓提出“童年恐慌”来指代少年在未成年期的特殊心理特质。在他看来,童年恐慌系指“儿童因面临巨大压力不能理解也不能承受所导致的一种较强烈较持久的焦虑心态”。[②]

鉴于未成年人心理问题已成为威胁其健康成长的毒瘤之一,《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》要求“提供多种形式的儿童心理健康咨询及不良心理矫正服务”,作为加强儿童卫生保健教育的重要组成部分。

【案例二十八】

2007年震惊世界的弗吉尼亚理工大学枪击案将校园暴力等级推至极端。在持枪合法化、种族歧视等热点问题面前,二十三岁凶手的残虐、32条人命、现场220多发弹痕及其在两起大屠杀间隙从容不迫邮寄事先录制的录像带等情节无不让人胆战心惊。[③] 究竟是何原因造成这场轰动大学校园的特大刑事案件呢?事后,警方发现犯罪人童年时被诊断为自闭症,这种情况并未随年龄增长而有所缓解,反而有愈演愈烈的倾向,直至是年4月13日集聚到极点而爆发。

一般说来,犯罪心理学派认为,通过社会化过程及心理成熟,人们相互间得以互通和交流。但这些过程并非一蹴而就,大都需经历生理、心理及道德等方面的辗转成长。如在生长发育的任何一阶段出现断裂,特别是幼年时期,重大创伤或者心理发展异常都可能导致人格缺失或心理紊乱,而这恰恰是犯罪与偏差的前兆。

---

① 罗大华主编:《犯罪心理学》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第150—151页。

② 王庆环:《“童年恐慌”愈演愈烈 小学生自杀帮父母省10万》,载《光明日报》2009年1月7日。

③ 金姬、苏庆先:《美校园枪响后的族群悬念:赵承熙和他的精神世界》,载新浪网,http://news.sina.com.cn/w/2007-04-25/170912865138.shtml,2007年4月25日。

（二）人格与人格理论

1. 人格与问题少年人格特征

古汉语中即有“人格”一词，据章炳麟（1869—1936）《诸子略说》记载，“孔子平居教人，多修己治人之言，不求超出人格”，①不过这与“人格”通说相差甚远。现代法学意义上的“人格”术语来源于日文汉字，而后者则出自对英文“personality”的意译。而“personality”又源自拉丁文“persona”，意为戏剧中所用的假面具，最初为希腊戏剧所采用。后罗马演员亦采用之，在此基础上罗马法赋予其以“人格”含义，有“声望和尊严”、“自由民”、“享有法律地位的任何人”等意义。②

犯罪心理学家们一般均主张，犯罪人除了具备人格一般含义外，尚持有独特人格，此种人格仅为犯罪人所独有，这种人格通常被称为“犯罪人格”。就其确切含义而言，国内外学者从刑法学、犯罪学或社会学等角度审视与观察犯罪人格，主张犯罪人格大体上具有“反社会”或“危害社会”、“为刑事法律所否定”或“与主流社会规范不符”及“实施了刑法意义的危害社会行为”等特征。具体到未成年人的犯罪人格，本书作者认为，可视为未成年人在其身心发展过程中因其特殊生理、心理结构而产生的反社会行为的各种心理特征总称。与成年犯罪人不同，尽管不能排除可能会形成长久烙印，未成年人的犯罪人格一般具有暂时性，而这可通过家庭、学校与社会辅导得以有效矫正。

“犯罪人格”乃是“人身危险性”表征，那么现实生活中，问题少年犯罪人格的外在表象与正常少年或成年犯罪人究竟有何不同呢？1999年，邓芸菁等人选取云南省未成年犯管教所379名十三至十五岁云南籍男性少年犯进行艾森克人格问卷调查。结果发现，与一般同龄少年相比较，少年犯人格的基本特征主要表现为“外向好动、行为冲动、难以自制、情绪不稳定、容易激动、缺乏情绪控制力和防卫机制弱化、天真幼稚、心理成熟度明显不够，极容易轻信他人”。③ 2005年，李俊丽等人在对河北省未成年犯管教所218名

① 章炳麟：《诸子略说》。

② 参阅王利明：《试论人格权的新发展》，载《法商研究》2006年第5期，第16页。

③ 邓芸菁、窦刚、张锋：《少年犯人格的基本特征及其相关因素的研究》，载《中国临床心理学杂志》2000年第3期，第162页。

问题少年与石家庄市274名高中生进行人格特征、心理健康水平和应对方式方面的测试及比对后发现，问题少年各方面的心理健康水平均较低。[①]他们继而又发现，有精神质特征人格的问题少年占39.4%，而有神经质特征人格的占16.8%，均超出普通人群中的相应比例。[②]

根据各国和地区的研究成果，我国台湾少年法学者李庚霈总结出问题少年罪人大体都具有下述人格特征：反社会、无社会及精神病态的人格倾向；呈现强迫型性格；较有疑心、缺乏安全感与幸福感、容易紧张、焦虑及忧虑倾向；富攻击性与抗拒权威倾向；情绪适应较一般正常青少年差且不稳定；自我强度功能较弱，且具有自卑、缺乏信心、虑病等人格倾向；往往自我反省力较弱，且容易产生冲动行为，而其思考、判断与抽象理解能力也较差；自我控制能力较一般青少年差，且具离群与自我中心倾向；较不具有合作与温和的人格特征。[③] 其中第六点所谓的"虑病"乃指个人对其身心障碍的忧虑俨然已超过应有程度，以致全神贯注于自己的健康状况及恐慌想象中的疾病而对其他事物漠不关心。前述李俊丽等人的实证研究也有类似发现，即受调查的问题少年"个性相对比较孤僻，进攻性较强，有敌意，缺乏同情心，是非感较差，易到处惹麻烦"，此外，他们神经质特征也较明显，"容易激动，一旦情绪被激发，很难平复，且容易对外界的事物抱有偏见，以自我为中心，从自己的主观角度看待问题"。[④]

2. 人格理论

1904年以出版两卷本的《青春期：生理学、人类学、社会学、性、犯罪及现实与教育的心理及其反应》(*Adolescence: Its Psychology and Its Reactions to Physiology, Anthropology, Sociology, Sex, Crime, Reality and Education*)为契机，美国心理学家斯坦利·郝尔(Stanley Hall)认为青春期乃人生中特定时

① 李俊丽、梅清海、于承良、章爱先、翟庆海：《未成年犯的人格特点与心理健康状况和应对方式的相关研究》，载《中国学校卫生》2006年第1期，第75—76页。

② 参阅李俊丽、梅清海、于承良、章爱先、翟庆海：《未成年犯的人格特点研究》，载《中国学校卫生》2006年第2期，第130页。

③ 李庚霈：《犯罪少年职业辅导》，台北：扬智文化事业股份有限公司2003年版。第15页。

④ 李俊丽、梅清海、于承良、章爱先、翟庆海：《未成年犯的人格特点研究》，载《中国学校卫生》2006年第2期，第130—131页。

期，对人格形成至关重要。几乎与此同时，弗洛伊德（Sigmund Freud，1856—1939）、卡尔·荣格（Carl Jung，1875—1961）及凯伦·霍妮（Karen Horney，1885—1952）等心理学大师对人格均有系统研究，人格如何构建及人格与行为塑造之间的互动都成为研究的热点问题。

在诸多人格理论中，弗洛伊德的心理分析理论（psychoanalytic theory）体系缜密，对理解犯罪性与犯罪原因有很好的诠释。尽管弗洛伊德本人对犯罪问题惜墨如金，较少触及，但其理论仍被信奉者援用至犯罪原因论中，成为早期犯罪心理学的支柱性理论。在弗洛伊德看来，思想（mind）由"意识"（conscious）与"潜意识"（unconscious）等组成，其中意识人格性被称为"自我"（ego），而潜意识则包括本我（id）。即人格为本我、自我和超我（super ego）三部分交互而成。任何新生儿都有与生俱来的"本我"意识，表明"我要"当为天经地义。因而婴幼儿对他人漠不关心，而只对心仪之物纠缠不清。"本我"以追求"快乐"为原则，直接源于人的生物与心理本能，讲求无拘无束，及时行乐。而最终"原欲"（libido）的出现，标志未成年人性冲动与渴望的产生，而这实际上昭示青春期的开始。弗洛伊德认为，在吃喝拉撒等欲望中，性欲占据主导地位。若受到压抑得不到纾解便会感到烦扰与懊丧，需要某种形式予以发泄。随着婴幼儿逐步长大，本性较"自私"的"本我"意识开始衰退，而另一人格"自我"萌发。"自我"乃"本我"表象，是给予他人权利与利益的认可；出于对现实的认知，"自我"意在调和各类潜意识冲动。至于作为"超我"则是人格发展中的最高一级，常被形象称为"道德警察"（moral police），代表着最高的道德典范。"超我"要求自律，是道德化的"自我"。当未成年人察觉自身不当行为给他人带来不便而后悔与沮丧时，这便是"超我"起了作用。"自我"与"超我"的互相作用，以道德及伦理思想反制"本我"，共同保障未成年人顺利度过青春期。①

弗洛伊德侧重点在于可能较早出现在孩童时期的心理创伤与问题，某些未成年人从事犯罪与偏差活动正是这些问题使然；即便犯罪人直到成年时方才触法，但引子早已在若干年前埋下。正是"自我"与"超我"发展的不

① Burke, Roger. (2001). An Introduction to Criminological Theory. Devon, UK: Willan Publishing. pp. 77–78.

足,才酿成未成年人偏差与犯罪的恶果。在他看来,这些后天形成的问题少年试图获取即刻愉悦,为获取自身利益而不受周遭不同看法左右。亲子关系对于未成年人"自我"与"超我"的健全至关重要,父母及其监护人对未成年人的人格形成作用不可忽视。因而未成年人失足往往会被归咎于其父母的疏于管教或过于溺爱。在此基础上,弗洛伊德又提出所谓阴茎羡妒、女性受虐狂等假说。

在综合心理分析学派对犯罪原因,特别是未成年人犯罪与偏差的起因后,台湾学者车炜坚认为其大致可包括以下三项:一是因"自我"或"超我"发展有缺陷而未能控制犯罪冲动(本我);二是"自我"发展的不健全可导致反社会性格,而这通常出现在一至五岁间;三是"超我"也不是越高越好,过度的"超我"将压抑正常的"本我"发展,因而促发导致精神病态类的犯罪行为。①

人格分析理论的主要问题在于其论点的无法证明性,而这直接削弱其应有的解释力。由于其存在的理论冲突与矛盾,弗洛伊德理论并不为犯罪学家全盘接受,但对于犯罪心理学的成长则不无裨益,而且对心理分析或者精神分析学派的最终形成提供了最有力的支撑。其他有影响的人格理论尚包括神经官能症理论(theory of neurosis)、挫折攻击理论(frustration-aggression theory)、情绪控制理论(bottling theory)与精神医学理论(psychiatric theory)。其中,精神医学理论重心在未成年人犯罪上,强调研究少年早期经验,特别是少年与其父母关系,而这将深刻影响未成年人的人格发展与健全。②

凯伦·霍妮(Karen Horney,1885—1952)被誉为20世纪最重要的精神分析思想家之一,更被称为心理学发展史上最重要的女性。她在美国创立了"美国心理分析研究所"(American Institute for Psychoanalysis)。在霍妮看来,神经官能症症结在于所谓的"基本焦虑"(basic anxiety),后者系指"面对潜在敌意世界时的孤立无助感"。她提出神经官能症理论(theory of

① 参阅蔡德辉、杨士隆:《犯罪学》(增订四版),台北:五南图书出版公司2006年版,第66—67页。

② 参阅蔡德辉、杨士隆:《犯罪学》(增订四版),台北:五南图书出版公司2006年版,第63页。

neurosis)。所谓神经官能症乃系指涉及持久性经验负面影响的各种心理问题,包括焦虑、悲伤或抑郁、愤怒、焦躁、精神混乱、自我评价低下等持久性经验负面影响问题;诸如恐惧过度警觉、冲动和强迫行为、嗜睡等行为症状及如不快或不安思想、反复的思考和痴迷、习惯性幻想、否定性和玩世不恭等认知问题。①

其他人格理论尚包括挫折攻击理论(frustration-aggression theory)、情绪控制论(bottling theory)与精神医学理论(psychiatric theories)。其中,挫折攻击理论以弗洛伊德的本能理论为基础,认为人内心深处均存有各种不同程度压力,若个体需求或动机无法满足或受到阻碍即可能出现挫折感及由此引发的攻击本能,暴力行为则是人类攻击行为的主要方式之一。情绪控制论也是另一个源于弗洛伊德理论所发展出来以解释未成年人犯罪与偏差的心理学理论。该理论假定个人内在存有多种"迫力",由于经常无法满足遭受多重挫折,因而情绪控制出现失控而犯罪与偏差。而精神医学理论(psychiatric theories)重心在未成年人犯罪上,强调研究少年早期经验,特别是少年与其父母关系,而这将深刻影响未成年人人格发展与健全。②

五、犯罪社会学理论

(一)概述

20世纪初叶,犯罪实证主义波及北美,人们更多以社会学角度审视犯罪与未成年人偏差行为。社会学派对古典学派、心理学派及生物学派对犯罪起因的论断不以为然,认为视阈狭小。在他们看来,社会变迁、家庭机能变化、道德转轨、多元化价值观冲击甚至全球化等社会层面的风吹草动都会引发未成年人心灵的躁动,从而促发犯罪与偏差。而实证研究方法与统计学的延伸也为揭开未成年人犯罪与偏差原因提供了有力工具。一般来说,犯罪副文化理论(deviance subculture theory)、社会控制理论(social control

---

① Boeree, George. (2002). A Bio-Social Theory of Neurosis. Retrieved June 12, 2006, from http://webspace.ship.edu/cgboer/genpsyneurosis.html.

② 蔡德辉、杨士隆:《犯罪学》(增订四版),台北:五南图书出版公司2006年版,第63页。

theory）及紧张犯罪理论（strain theory）都可较好地解释未成年人犯罪与偏差。除此之外，未成年人犯罪地带理论、标签理论、学习理论与生活历程理论也常常被用来解释未成年人犯罪与偏差。

（二）未成年人犯罪地带理论

20世纪20年代是芝加哥大学社会学系大放异彩的黄金时代，诸多社会学者在欧内斯特·博格斯（Ernest Burgess，1886—1966）与罗伯特·帕克（Robert Park，1864—1944）领导下创建了"芝加哥学派"（Chicago School），并提出"未成年人犯罪与偏差地带"（delinquent area）概念。在所著《城市》（*The City*）一书中，博格斯等人以芝加哥为例，阐述其著名的"都市同心圆理论"（concentric zone theory of urban development），即该市自内向外可分为中心商业区（main downtown area）、过渡区（transitional area）、工人住宅区（working people housing area）、中上阶级住宅区（upper middle-class housing area）及郊区与通动区（suburbs and commuter areas）五个同心圆。[①]

芝加哥学派用生态学类比来解释犯罪，主张未成年人犯罪通常表现为一种不平衡的地理分布：城市中的某个区域，往往比其他区域更容易发生犯罪。克利福德·肖（Clifford Shaw，1896—1957）和亨利·麦凯（Henry McKay，1899—1990）运用"都市同心圆理论"研究芝加哥的未成年人犯罪现象，发现少年犯有集中在市中心的趋势，犯罪率由市中心往郊区逐渐递减。此研究发现未成年人犯罪的产生根源于社会解组与社会控制缺乏。抑制犯罪的发生需要着手改造少年生活的社区及社会整体，使得社会控制的力量得以发生作用。[②] 1932年，肖推动"芝加哥区域计划"（Chicago Area Project，简称CAP）实施，运用社区总体营造来抑制犯罪，透过整合社区资源及活动，建立起社区所在地文化，使当地居民有共同的价值体系，破除文化冲突。自美国芝加哥学者针对未成年人犯罪问题提出"未成年人犯罪地带"的概念后，许多研究犯罪问题的学者便从人类生态学观点研究犯罪问

---

① Park, Robert, Ernest Burgess and Roderick McKenzie. (1967). The City. Chicago, IL: University of Chicago Press. pp. 23 - 32.

② Shaw, Clifford and Henry McKay. (1942). Juvenile Delinquency and Urban Areas. Chicago, IL: University of Chicago Press. pp. 60 - 68.

题,并提出以环境设计及改良来预防犯罪构想。由于该学派的不懈努力,使得美国人认识到社区犯罪预防的重要性,而自1972年创设的"全美守望相助计划"(national neighborhood watch program)为其中较成功的范本之一。[①]

(三)"迷乱"与紧张理论

社会迷乱理论(anomie theory)又称无规范理论,后发展为紧张理论(strain theory)。社会迷乱理论的创立者为法国社会学大师埃米尔·涂尔干(Emile Durkheim,1858—1917)。在其1893年出版的《社会分工论》(*The Division of Labor in Society*),他以结构功能主义(functionalism)来解释犯罪性。所谓结构功能主义,在于分析相互依存的部分(parts)如何融入并保持一种整体系统,以此说明事物发生的原因。[②] 在1897年出版的《自杀论》(*Suicide*)中,涂尔干概述了自杀的原因在于寻短见者价值标准的缺乏或丧失,及感觉异化和对生活的无助感。而这又源自"迷乱",即正常状态的丧失与解体。涂尔干更著名的论点在于其主张犯罪从社会学意义上乃是正常现象。在他看来,社会存在一定数量的犯罪并非病态现象。基于因急遽社会变迁所带来的社会失序,抑或社会由传统的"机械社会"(mechanical society)转变至"有机社会"(organic society),价值观的更迭与混淆亦会造成个人的迷乱。换言之,"迷乱"是社会剧烈或快速变迁的结果。[③] 故涂尔干认为,"姑毋论我们对于偏差行为有多么厌恶并愿竭力加以消除,它将永远与我们同在"。[④] 如同成年人犯罪无法根除一样,幻想一劳永逸地解决未成年人犯罪与偏差注定只能是一相情愿。

美国社会学家罗伯特·默顿(Robert Merton,1910—2003)沿用涂尔干所创"迷乱"一词,但赋予其不同意义,基本上是为了解释一般偏差问题,而

---

① 蔡德辉、杨士隆:《犯罪学》(增订四版),台北:五南图书出版股份公司2006年版,第83页。

② Durkheim, Emile. (1960). The Division of Labor in Society. Glencoe, IL: Free Press. pp. 26 - 31.

③ 赵若辉:《社会迷乱决定因素研究》,北京:人民出版社2009年版,中文前言第5页。

④ 转引自郑世仁:《浅谈贝克的标签理论对教育的启示》,载(中国台湾)《教育资料与研究》1994年创刊号。

非专门针对犯罪而言。默顿版的"迷乱"系指社会追求的目标与达成这些目标所适用的被社会认可的手段之间存在不一致状况。在这种不一致的状况下，个人会产生偏差行为或适应方式。具体而言，当人们致力于获取社会文化所肯定的目标(goal)时，却发现没有办法以社会认可的手段(legitimate means)去达成目标。社会上有各种不同的社会目标及达成目标的手段，手段有合法和不合法之分，而个人有认同和不认同这个社会目标之分。在其所著《社会结构与迷乱》(*Social Structure and Anomie*)中，默顿将个人面对文化结构与社会认可手段所采取的适应模式分为五类，即守法(conformity)、标新(innovation)、仪式(ritualism)、逃避(retreatism)及叛逆(rebellion)。[1]在默顿看来，社会中绝大多数人都是"守法者"，他们的文化结构与社会认可手段都趋正面，成为稳定社会的主要力量。"标新者"接受社会所认可的目标，但采用非法手段。至于"仪式者"，采用社会认可手段来获取非法目的，为阳奉阴违。而"逃避者"无论手段还是目的均不为社会所接受。与上述四者皆然不同的是，"叛逆者"对文化结构与社会认可手段不置可否，经常背离传统。

默顿认为一个病态的社会结构，尤其是一味强调目标，却不能提供给每一个成员完成此目标的有效手段的社会，会对每个人形成紧张或压力，最后把他们推向偏差的结果，所以迷乱理论有时被称为压力或紧张理论。参照默顿的论点，问题少年具备与常人相同的能力、价值观念及文化目标，但缺少达到这些文化目标的文化手段，加之不断接受挫折、嘲笑或剥夺机会而产生紧张。由于缺乏合法成功的管道，个人为求减缓这些焦虑与挫折或否定该项目标，只好诉诸于非法手段来达成目标，如此即可能在手段上背离社会所认可的范围而形成少年偏差。他认为在快速变迁的社会中，虽然个体内化了社会期待的目标，却缺乏适当的手段来达成此目标，因而形成"迷乱"现象，进而衍生出许许多多的社会问题。

美国犯罪学家罗伯特·安格纽(Robert Agnew,1953—)认为紧张理论过分强调低阶层犯罪，而忽略中上阶层也有犯罪现象，因而于1992年提

---

① Merton, Robert. (1993). Social Structure and Anomie. New York, NY: Irvington Publishers.

出“广义紧张理论”或“一般紧张理论”(general strain theory,简称 GST)。他将传统紧张理论当中“紧张”的概念具体化并扩大范围,以增加其解释力。根据这一理论,产生紧张的主要来源有个体追求正面价值目标的失败、正面价值刺激的移除及负面价值刺激的显现。① 依安格纽的主张,个人与他人之间的负面影响及生活中的紧张与挫折均可能造成未成年人犯罪与偏差。

(四)社会控制理论

社会控制理论(social control theory)强调技术性节制人类行为,要求服从社会规则,重视家庭、学校、道德、价值及信仰的作用。经过几十年发展,社会控制理论已发展成为包括特拉维斯·赫胥(Travis Hirschi,1935—)的社会键理论(social bonds theory)、西克斯(Gresham Sykes,1922—)与大卫·马扎(David Matza,1930—)的中立化技巧理论(techniques of neutralization theory)及沃尔特·雷克利斯(Walter Reckless,1898—1988)的抑制理论(containment theory)等在内的理论体系,这些理论基本上都注重非正式控制。

1. 社会键理论

1969年,赫胥在其《犯罪之原因》(*Causes of Delinquency*)一书中指出,人之所以不犯罪,乃是外在环境教养、陶冶和控制的结果。在这种社会化的过程中,人和社会建立起强度大小不同的社会键(social bond),以防止个人犯罪。赫胥的社会键理论主张,犯罪不需要解释,而不犯罪的行为才需要解释。个人若不受外在法律的控制和环境的陶冶与教养,便自然会倾向于犯罪。而人之所以不犯罪的原因在于人与社会之间所建立的四种社会键,即附着(attachment)、奉献(commitment)、参与(involvement)及信仰(belief),四者结合为所谓的“社会控制”(social control)等外在抑制犯罪的影响力量。② 以附着为例,系指未成年人个人对家庭、机关、同侪团体或社会有感情上的附着,重视且在乎这些人的看法与期望。

---

① Akers, Ronald. (1997). Criminological Theories: Introduction and Evaluation (2nd edition). Los Angeles, CA: Roxbury Publishing. p. 133.

② Hirsch, Travis. (1969). Causes of Delinquency. Los Angeles, CA: University of California Press. pp. 16 - 34.

未成年人的世界观、人生观尚在形成之中,加强对未成年人的适当引导,使其认识到对社会的责任与义务所在极为重要。《世界人权宣言》第29条第1款指出,"人人对社会负有义务,因为只有在社会中他的个性才可得到自由和充分的发展"。根据社会键理论,少年从事合法活动,其从事非法活动的时间与精力便大打折扣。正是在这个意义上,《利雅得准则》第1条指出"青少年通过从事合法的、有益社会的活动,对社会采取理性态度和生活观,就可以形成非犯罪型的态度"。

2. 中立化技术理论

在美国犯罪学家玛札及西克斯看来,问题少年难免存在着这样一些特征:许多问题少年会因为其不法行为而感到后悔与产生负罪感;问题少年会时常对那些守法公民表示钦佩;问题少年并非随心所欲地选择被害人,他们刻意与其保持一定距离;问题少年常受周边环境左右,而可能选择服从。

基于上述观察,玛札与西克斯于1957年创立"中立化技术理论",意在归纳出犯错者在为自己错误辩护时合理化的技巧。该理论认为,问题少年与正常少年本质上并无区别,且问题少年在生平大多时间均遵纪守法。即便是最顽劣的问题少年,随年龄增长,大多数逐步退出不法行为人的行列。在两人看来,未成年人即使犯罪与偏差时仍保持传统道德,但却以一些中立此类道德的技巧而使其突破束缚游离于合法与非法行为之间。这些中立技巧包括推卸责任(denial of responsibility)、损害否认(denial of injury)、被害人否认(denial of victim)、责备责备者(condemnation of condemners)与诉诸于较高的忠诚(appeal to higher loyalties)五类技术。①

具体说来,"推卸责任"这项技术通常是当外在推动力导致偏差行为发生时被问题少年经常援用的。问题少年总是会用这样或那样的借口,声称其触犯的犯罪行为不过是意外事件,不必大惊小怪。他们认为其之所以被卷入其中,实属无奈,继而感到孤立无援。问题少年常常自我感觉亲情的缺失、邻里的混杂及玩伴的哄诱都是其走向偏差的重要原因。简而言之,"这并不是我的错!"而当犯罪行为未给被害人带来伤害时,问题少年通常以

① Skyes, Gresham and David Matza. (1957). Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. American Sociological Review. 22, pp. 664 - 670.

"损害否认"来遮掩其责任,"我知道犯罪行为会伤害某些人,但是我并没有伤害到任何人"。换言之,判断其行为是否偏差的标准在于是否有人受到伤害。使用这种技术,问题少年常会自欺欺人,先入为主,称其行为尚未伤及无辜。他们会诡称偷鸡摸狗只不过是"临时借用一二"而已,至于打架斗殴也不过是"周瑜打黄盖,一个愿打,一个愿挨"罢了。"被害人否认"常被问题少年用来掩盖其犯罪目的,而主张其行为的正当性,"这些人罪有应得!"通常此类案件包括袭击同性恋或弱势群体,或者所谓的劫富济贫。"责备责备者"又称"拒绝拒绝者"(rejection of the rejectors)。因未成年人身心与成人迥然不同,对未成年人所采取的应对策略也不尽相同。许多未成年人认为责备其行为不检的人持双重道德标准,因成年人实施类似行为很少甚至完全不受谴责和处罚。当问题少年认为其不得不触法以维护其所在较小团体利益时,"诉诸于较高的忠诚"便成为其自我辩护的不二法门。

在随后的研究中,玛札观察到这样一些现象,即犯罪人对其犯罪通常具有悔罪感、犯罪人对守法之人充满敬意、犯罪人对被害人选取有较清晰界限及问题少年对遵纪守法的要求并不是熟视无睹的。1964 年,在上述观点基础上他在《未成年人犯罪与漂浮》(*Delinquency and Drift*)中提出漂浮理论(drift theory),指出人们以中立化技巧漂移进出传统行为,以暂时脱离道德约束,从而游离于合法与非法之间。

3. 抑制理论

1961 年,雷克利斯在其所著《犯罪问题》(*The Crime Problem*)中围绕青少年遵纪守法、远离偏差的自我概念或自我形象的形成而提出抑制理论,主张未成年人偏差乃系内外遏制两种社会控制冲突的结果;内部抑制系其正面的自我概念,而外部抑制则辅之以纪律与监督,二者的有序互动促成守法行为。该理论认为人人都有外在遏制结构与内在保护结构。二者之中,尤以内在遏制为重。内在遏制愈强,则人犯罪意愿愈低;反之,则愈强。雷克利斯认为通过强化自我形象的内部遏制发源于家庭教育,并成型于十二岁左右。[1] 而外部遏制则需依仗于社会、邻里及学校等社会机构的参与。

---

① Reckless, Walter. (1962). A Non-Causal Explanation: Containment Theory. Excerpta Criminologica. 1(2), pp. 131-134.

（五）标签理论

标签理论（labeling theory）作为解释犯罪人和偏差行为的学说，源于社会学中的一般象征性社会互动理论。在这个理论中，个人的身份和自我意识、认知过程、价值观和人生态度等等都被视作仅存于社会活动与变化中。从社会环境因素影响个体行为的观点，标签理论认为人们终其一生都会做不同形式的偏差行为，大多数只不过仅仅是初级偏差（primary deviance）罢了，即初次或偶尔从事的偏差行为。认为人的行为之所以变得不正常，主要是因他人不当标签所致，即所谓衍生偏差或次级偏差（secondary deviance）。次级偏差系指当个人接受别人对他或她的偏差标签后，开始改变自我印象，认为自己是偏差者，且开始从事偏差行为。①

在标签理论者看来，没有本质上为犯罪的行为；一行为之所以被定义为犯罪而受到谴责或处罚，完全出于身处高位的"道德企业家"（moral entrepreneurs）的单方面作为。② 标签理论的核心内容来自于互动主义的基本命题主张，如霍华德·贝克（Howard Becker）指出的，个人的自我意识是其他人对其定义的一种反映。不但如此，他们更进一步指出，对那些被贴上标签即污名化而做出偏差行为的人来说，他们比没有被标签为偏差行为的人更容易从事犯罪和社会偏差行为。③ 标签既可以是正式的，也可以是非正式的。而且自我意识的成形和改变是通过交互过程而实现的，在这个过程中个人自我反应、角色扮演及就他的自我意识进行不断地谈判议定，这包括：如何看待自己、别人如何看待自己、怎么看待别人对自己的看法。

光有社会认知对于标签未成年人偏差显然不足，并不是每一个生活在高犯罪区域内的未成年人都会走上犯罪道路，也不是每一个生活在低犯罪区域的未成年人都可以洁身自好。亚伯朗斯基认为社会认知（social perceptions）、自我概念（self-concept）与少年司法体系（juvenile justice

① Lemert, Edwin. (1951). Social Pathology. New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

② Becker, Howard. (1963). Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance. New York, NY: The Fee Press. p. 147.

③ Becker, Howard. (1963). Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance. New York, NY: The Fee Press. p. 147.

system)是定义未成年人犯罪与偏差的三个主要组成部分。[①] 其中,“社会认知”系指父母、邻里、同侪及教师等对未成年人行为是否偏差的反映。这种认知随时空、地域而有所变化,犯罪高发地段社区对未成年人偏差的反映显然较犯罪稀少地区为小,因为他们对许多未成年人不良行为早已司空见惯,见怪不怪了。这些时空变化对于标签未成年人相对重要,“孟母三迁”说的也正是这个道理。所谓外力是通过内力起作用的,在这里同样适用。“自我概念”便是强化未成年人自身正面或负面反映的指标之一。未成年人是否有对其偏差行为的自我概念或自我标签并非主观。许多未成年人并未视其有任何问题,即便其已在偏差悬崖徘徊。

香港对于问题少年先后有“飞仔飞女”、“靓仔”、“油脂仔”、“童党”、“边缘少年”、“古惑仔”、“老泥妹”及“夜归少年”等较夸张词汇加以描述。以“老泥妹”一词为例,被用来形容形迹浪荡的边缘少女,吸烟、说粗话、不洗澡、离家出走、爱偷东西、滥交及流浪街头成为此类问题少女的化身词。之所以被称为“老泥妹”,是因为这些援助交际少女平素极少回家,只有在性交易后才会洗澡,久而久之“成身老泥”。虽然比较形象,但是被冠以这样的称呼应该也不是让人愉悦的事。更易被贴上负面标签,甚至为人不齿。“老泥妹”影响甚广,1995 年香港甚至推出同名电影《老泥妹》,影片折射出这些问题少女的悲欢离合,颇让人唏嘘不已。显而易见,标签在这些问题少女走向越轨过程中的作用不可小视。

《利雅得准则》第 5 条指出,把青少年列为“离经叛道”、“违规闹事”或“行为不端”,往往会助成青少年发展出不良的行为模式。该准则第 56 条要求,各国“为防止青少年进一步受到污点烙印、伤害和刑事罪行处分,应制定法规,确保凡成年人所做不视为违法或不受刑罚的行为,如为青少年所做,也不视为违法且不受刑罚”。近年来欧美风头日盛的分流处分即充分考虑到正式司法程序所带给未成年人的冲击,非正式、社区辅导为导向的非司法福利性措施减少了司法处理的标签效应,一时蔚然成风。分流植根于这样的信念,即一旦未成年人被标签为“问题少年”或“坏孩子”,这可能会

---

① Yablonsky, Lewis. (2000). Juvenile Delinquency into the 21st Century. Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning. pp. 28 – 32.

对其带来永久性污名化影响。①

我国刑事司法与少年司法领域对于避免对问题少年污名化标签也作了较多有益尝试，如《预防未成年人犯罪法》第48条规定，“依法免予刑事处罚、判处非监禁刑罚、判处刑罚宣告缓刑、假释或者刑罚执行完毕的未成年人，在复学、升学、就业等方面与其他未成年人享有同等权利，任何单位和个人不得歧视”。《未成年犯管教所管理规定》第5条规定，“在日常管理中，可以对未成年犯使用‘学员’称谓”。

（六）犯罪副文化理论

犯罪副文化理论（subculture theory），又称犯罪次级文化理论、犯罪亚文化理论。我国台湾学者何英奇认为，所谓“副文化”系指一个大社会团体中的次社会（sub-society）或次团体（sub-group）所建构的一套特殊的价值观念、态度与生活形式，这些由次团体所建立的特征，不一定和大社会所形成的主流文化相同。② 犯罪副文化版本较多，主要包括托尔斯滕·雪林（Thorsten Sellin，1896—1994）的文化冲突理论（culture conflict theory）、埃德温·苏哲兰（Edwin Sutherland，1883—1950）的差别接触理论（differential association theory）、艾伯特·科恩（Albert Cohen，1918—　）的身份挫折理论（status frustration theory）及沃尔特·米勒（Walter Miller，1920—2004）的下层文化冲突理论（theory of lower class culture conflict）等。

1. 文化冲突理论

1938年，在所著《文化冲突和犯罪》（*Culture Conflict and Crime*）一书中，美国犯罪学家雪林认为法律概念是相关联的，并随着行为准则的改变而改变。行为准则又和文化密切相连，它被界定为社会大众接受的行为和不可接受的行为两种。这些准则调整人们的日常生活和行为。不同文化背景的团体对什么样的行为是正当的或不正当的、什么样的行为是可接受的或不可接受的及什么样的行为可被认为是犯罪有着不同的认识。换句话说，

① Vito, Gennaro, Richard Tewksbury and Deborah Wilson. (1998). The Juvenile Justice System-Concepts & Issues. Prospect Heights, IN: Waveland Press. p. 12.

② 转引自陈正宗、潘淑满：《当今青少年价值导向之质化研究》，（中国台湾）“教育部”训委会委托研究计划成果报告，2000年4月。

行为准则因文化的不同而不同。①

雪林把文化冲突区分为两类：主要文化冲突和次要文化冲突。主要文化冲突是指在新的主流文化中次级文化的准则被认为是犯罪的情形；而次要文化冲突是指在同种文化中对部分行为准则的接受有所不同的情形。换句话说，一些团体把某些行为界定为是越轨的或是犯罪的，而另一些在同种文化中的团体却认为这种行为是非犯罪的、正当的。雪林指出，文化变得越复杂，影响人们行为的规范团体的数量就越可能扩大，这些团体的准则被拒绝的机会也会越大。②

2. 差别接触理论

差别接触理论，又称不同连结理论，由美国犯罪学家苏哲兰于其 1934 年出版的《犯罪学原理》(*Principles of Criminology*)一书中初次提出，并认为这个理论可以解释一切犯罪和社会偏差行为。差别接触理论核心内容为以下九点：犯罪行为乃系学习而来；犯罪行为是通过与他人的接触互动学习而来的；犯罪学习的主要方面发生在与"个人的亲密团体"(intimate personal group)的交流之中；犯罪学习的内容包括：犯罪技巧、犯罪动机、内驱力及合理化和态度上的特别指示；犯罪动机与内驱力学习系从犯罪的法律定义来考虑犯罪对其有利与否；个人之所以犯罪实系其认为犯罪比不犯罪更有利；不同接触会因为强度和先后顺序等外在客观的因素而有差异；犯罪学习过程主要是与犯罪团体或反犯罪团体接触所发生的结果，犯罪行为不仅包括模仿，还有接触；不能用一般需要与价值来解释犯罪行为，因为非犯罪行为也是如此。③

差别接触理论的核心在于其第六点内容，根据这个假设，若一个人接触有利于犯罪的定义多于不利于犯罪的定义，他就很可能成为犯罪人。普通人可以通过学习有害的行为和态度并发现一些理由让自己通过犯罪将这些

---

① Sellin, Thorsten. (1938). Culture Conflict and Crime. New York, NY: Social Science Research Council. pp. 63 - 70.

② Sellin, Thorsten. (1938). Culture Conflict and Crime. New York, NY: Social Science Research Council. pp. 63 - 70.

③ Sutherland, Edwin and Donald Cressey. (1978). Criminology (10th edition). New York, NY: Harper & Row Publishing. pp. 77 - 83.

行为付诸现实。理解差别接触理论需要注意两点：一是要学习的内容非常重要。这包括事实犯罪行为所需要的具体技术（techniques）、动机（motives）、理性思考（rationality）和态度（attitudes），以及对来自对这些基本组成内容的评价。二是学习的过程也非常重要，这包括与之亲密接触的非正式团体。

3. 身份挫折理论

艾伯特·科恩的身份挫折理论（status frustration theory）是在差别接触理论的基础上修正而来的青少年副文化理论的一个重要组成部分。

“身份挫折”这个术语最早由涂尔干提出，后由艾伯特·科恩发扬光大。在1956年出版的《问题男童》（*Delinquent Boys*）一书中，艾伯特·科恩借用来解释来自工薪阶层或下阶层（low-class）的男童对中产阶级化的学校教育与价值观念的反应。他发现，这些孩子通常具有这样一些特征，即许多下阶层少年（特别是男孩）学业不佳、在校表现（school performance）和犯罪与偏差关系密切，在校表现不佳源自学校所体现的主流中产阶级价值观与少年所在下阶层价值观之间的冲突以及下阶层男童较多参与帮派并以此作为自我强化与保持反社会价值观的手段。[①] 因为学校所讲授及课堂中耳濡目染的内容基本上都是中产阶级价值观的体现，可能与这些下阶层孩子的认识与看法格格不入。在此情形之下，这些孩子久而久之便会形成所谓的偏差副文化，而且这种文化通常出现在未成年人团体或帮派中。

4. 下层文化冲突理论

未成年人在其成长过程中，逐渐形成较独特的副文化。米勒提出“下层文化冲突理论”。米勒并不认为未成年人因其心理偏差或者病态人格而作奸犯科，而是对其独特的下层文化价值观的正常反应使然。

在米勒看来，身处社会下层的未成年人出人头地的机会并不多，这样客观上促使其在周边文化中寻找到慰藉，从而认可甚至竭力捍卫这种文化。米勒将下层文化层层分解，列出影响未成年人的六种不同价值观念，即惹是生非（trouble）、强硬（toughness）、诡诈（smartness）、寻求刺激（excitement）、

① Lawrence, Richard. (1998). School Crime and Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press. p. 46.

命运(fate)与自治(autonomy)。[①] 未成年人对这六种价值观愈加认可,则其与上层文化冲突就愈发不可收拾,触法几率便愈大。

(七)生活历程理论

近些年来,对未成年人犯罪与偏差原因的探讨并不局限于上述流派。众多统计资料显示,绝大多数问题少年在其成年之后弃恶从善,改邪归正了。换言之,少时的不经世事经过人生历练,大都逐步成熟而脱离犯罪了。尽管越轨与偏差的事情在成年后仍不免出现,即所谓偏差的持续性,但这与刑法学意义上的成人犯罪已不可同日而语。简单地说,“小时偷针、长大偷金”及“江山易改,秉性难移”[②]的谚语至少从统计学角度来看并不具有普遍意义。

因为大多数犯罪学理论忽视了成人时期的犯罪曲线急速下降这一现实情况,大都无法合理解释为何大多数未成年人成年后逐步减少偏差的次数、种类与程度。为正视这种差异,生活历程理论(life course theory)逐渐浮出水面,以期了解犯罪人人生经历对其行为的影响。罗伯特・桑普森(Robert Sampson)和约翰・劳布(John Laub)重新整理了格鲁克夫妇遗留在哈佛大学法学院图书馆的60柜少年偏差资料并重新整理与研究。在其所著《犯罪之形成:人生道路及其转折点》(*Crime in the Making: Pathways and Turning Points through Life*)一书中提出了“逐级年龄非正式社会控制理论”(age-graded informal social control theory)。他们从生命历程的观点观察社会结构、非正式社会控制和偏差与犯罪行为的关系。在两人看来,“逐级年龄”可分别用来解释未成年人犯罪、转变为成人犯罪及成人犯罪,家庭、学校与同侪等结构性因素通过社会控制间接影响犯罪。[③] 在桑普森和劳布看来,婚姻与工作乃是犯罪终止的两个主要“转折点”(turning point),而这也通常被视为少年成年的重要标志之一。[④]

---

① Millier, Walter. (1958). Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency. Journal of Social Issues. 14, pp. 5 – 19.

② (明)冯梦龙:《醒世恒言》卷三十五。

③ 参阅林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版,第170页。

④ Sampson, Robert and John Laub. (1993). Turning Points in the Life Course: Why Change Matters to the Study of Crime. Criminology. 31(3), pp. 301 – 325.

国外基于“犯罪生涯”(criminal career)与“生命历程”(life-course)观念所进行的研究,发现严重暴力犯罪人常有前科记录的童年、多元化的危险因素与犯罪人生命历程有高度关联、青少年犯罪人高度集中于少数类型家庭。[①]《利雅得准则》第6条提醒,“要考虑青少年不符合总的社会规范和价值的表现或行业,往往是成熟和成长过程的一部分,在他们大部分人中,这种现象将随着其步入成年而消失”。

美国心理学家特瑞·莫菲特(Terrie Moffitt)提出将青少年犯罪行为的形态分类成“仅限于青少年型”(adolescence-limited type)与“终身持续型”(life-course-persistent type)。在查阅以往不同年龄犯罪率的相关记录后,他发现青少年期的犯罪率有突增的情形,大约于17岁达到最高峰;之后则有渐趋减缓的现象。此外,仅有少数人(约占青少年犯罪行为人群的5%)是属于终身持续型的犯罪行为者。[②] 根据莫菲特的“仅限于青少年型”理论,儿童神经心理问题(neuropsychological problems)与犯罪环境问题(neuropsychological problems)互动到一定程度后将最终出现病态人格(pathological personality)。而“终身持续型”理论则说明未成年人极力模仿那些业已规范化的反社会行为,并以此作为贯穿人生的行动指南。

2009年美国新科总统奥巴马,以其人生独特经历为我们生动演绎了“美国梦”的实现过程。奥巴马的成功并非一蹴而就,相反其在未成年人时曾因身世、肤色、种族等敏感问题而彷徨。由于对复杂家庭的不解,奥巴马在恣意中放纵着自己的少年时代,他经常逃学,游荡于海滩与街头,并试图以大麻和烟酒“能够驱散困扰我的那些问题,把那些过于锋利的记忆磨刀模糊”。好在其“街头混混”生活很快戛然而止,结果痛苦挣扎后,奥巴马痛改前非,浪子回头,学业与事业逐步走上正轨,直至问鼎美国总统宝座。[③]

---

① 参阅吴芝仪:《青少年暴力犯罪之处遇》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第421—422页。

② Moffitt, Terrie. (1993). Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy. Psychological Review. 100(4), p.674.

③ 参阅《奥巴马:演绎美国梦的白宫新主人》,载《青年文摘》2009年1月上,第40—41页。

(八)社会学习理论

社会学习理论(social learning theory)①认为,犯罪系特定情景之下的学习结果。主要焦点在于"学习是什么"与"学习发生的过程为何"。换言之,社会学习理论主张未成年人对生活在其左右的"显著关系者"(significant others)具有明显的模仿天性。1953年,美国心理学家哈里·沙利文(Harry Sullivan,1892—1949)率先提出"显著关系者"概念,系指在个体社会化及心理人格形成的过程中具有重要影响的具体人物。

"显著关系者"包括父母兄弟、街坊邻居、亲朋好友、老师同学甚至新闻媒体中广泛加以报道的各类人群。社会学习理论强调"角色模范"(role modeling),未成年人"可塑性"极强的特点在很大程度上决定其对周边人等不间断的效仿与学习。②

第二节 未成年人犯罪与偏差防控论

预防犯罪比惩罚犯罪更高明,这乃是一切优秀立法的主要目的。③

——[意]切萨雷·贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738—1794)

一、未成年人犯罪与偏差预防概说

(一)"破窗理论"与未成年人犯罪及偏差预防

依据菲利"犯罪饱和理论",社会之中必然存续一定数量的犯罪。如同娼妓、吸毒等社会顽疾,未成年人犯罪与偏差同样很难予以根绝,只能在一定程度上予以预防和控制,将其严控在社会可接受的范围之内,保持与社会

---

① 一些欧美犯罪学家亦将"社会学习理论"归类于犯罪心理学派。

② Lanier, Mark M., and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p. 125.

③ [意]贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,北京:中国法制出版社2005年版,第126页。

政治、经济、文化发展总体相一致。

相比成人犯罪预防,未成年人犯罪与偏差预防因其事前预防效果明显而显得更为紧迫。西方国家惯常以"破窗理论"(broken window theory)来指导犯罪预防工作,且已取得较好成效。所谓破窗理论,原指在建筑物窗户上的玻璃被打碎之后,若不及时予以修复,久而久之,就有可能给人以暗示性纵容,认为该社区无人关心而破坏更多玻璃,继而各种涂鸦及垃圾便会随之铺天盖地。[①] 该理论最早由美国犯罪学家詹姆斯·维尔逊(James Wilson,1931—　)与乔治·柯灵(George Kelling,1935—　)于1982年提出。在其同名论文《破窗》(*Broken Windows*)中,他们认为犯罪无疑是社会失序的结果。

1984年,纽约大都会运输署(New York City Transit Authority)聘请柯灵为顾问,至1990年采取其建议集中整治无处不见的涂鸦并颇有成效。纽约警方对逃票、公共场所酗酒、随地便溺及随意拦停车辆以擦洗挡风玻璃为名行敲诈之实的"抹车仔"(squeegee men)等展开治理。正是这些看起来微不足道的整治行为对潜在犯罪起到了较好的抑制作用,纽约市也因此受益颇多,几年间重罪降低了75%。[②]

援用至未成年人犯罪与偏差,我们不难发现绝大多数此类案件都是因小节不究而逐步扩大的。所谓"千丈之堤,以蝼蚁之穴溃;百尺之室,以突隙之烟焚",[③]即是说千丈长的河堤,可能因为蝼蛄、蚂蚁之类的小虫钻洞而被大水冲破;百尺高的房屋可能因为烟筒缝里冒出的一点烟火而被烧毁。美国警察学家迈克尔·帕尔米托(Michael Palmiotto)认为,衡量犯罪预防成败可从以下几个方面考虑:首先,犯罪是否得以减少;其次,犯罪恐惧感是否缓解;再次,公众对所居住社区的安全评价是否发生改变;最后,是否达到社区与居民的满意程度。[④]

---

① Kelling, George and Catherine Coles. (1996). Fixing Broken Windows. New York, NY: Touchstone. pp. 19 - 21.

② Kelling, George and Catherine Coles. (1998). Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities. Retrieved June 17, 2006, from http://www.manhattan-institute.org/html/critical_acclaim-fixing_broken.htm.

③ 《韩非子·喻老》。

④ Palmiotto, Michael. (2000). Community Policing: A Policing Strategy for the 21st Century. Gaithersburg, MD: Aspen Publishers. p. 85.

在少年司法诸概念之中,犯罪预防(crime prevention)是内容广泛且不易定义的名词。东汉儒学家荀悦指出,"进忠有三术:一曰防,二曰救,三曰戒。先其未然谓之防,发而止之谓之救,行而责之谓之戒"。[①] 在他看来,犯罪预防包括"防"、"救"与"戒"。其中"防"乃"先其未然",即防患于未然的事前预防;"救"乃"发而止之",即犯罪发生后的制止举动;至于"戒"乃"行而责之",即对行为人的责罚。显然,无论是采取制止举动的"救"还是责备行为人的"戒"都是在行为发生之后所进行的补救措施,属于事后预防。因而在辨析三者之间区别后,荀悦指出,"防为上,救次之,戒为下"。也就是说,旨在事前预防的"防"在整个犯罪预防体系中作用最为关键。西方社会中最早提出犯罪预防的思想家是柏拉图,他认为刑罚不应只是对过去罪行的惩罚与报复,而应是对未来可能罪行的预防。[②]

与成年人犯罪有所不同的是,未成年人因其心智所限,易受不良环境左右而出轨。对于绝大多数人来说,其未成年时期的行为均带有不同程度的不成熟性。亦即,未成年人的犯罪与偏差,特别是前者似乎不可避免。现实生活中,很难寻觅到从未有辍学、旷课、离家出走等越轨行为的未成年人。《利雅得准则》第1条开章明义,"预防少年违法犯罪是社会预防犯罪的一个关键部分"。联合国《2005年世界青年报告》(*World Youth Report 2005*)第86条指出,处理未成年人犯罪的政策有两种不同的观点:阻止/制止或交往/引导。

中外学者从不同视角出发,对何为"犯罪预防"有各自的理解。美国"全美犯罪预防研究所"(National Crime Prevention Institute)指出,所谓犯罪预防是任何旨在控制犯罪行为的努力。[③] 我国犯罪学者赵保成认为,所谓犯罪预防是指国家、社会(群体、组织)和个人所采取的旨在消除犯罪原因、减少犯罪机会、威慑和校正犯罪人,从而防止和减少犯罪发生的策略与措施的总和。[④] 宋浩波主张,犯罪预防是指综合多种社会力量,运用多种手段和

---

① (汉)荀悦:《申鉴·杂言》。

② 卢建平:《刑事政策与刑法》,北京:中国人民公安大学出版社2004年版,第31页。

③ National Crime Prevention Institute. (1986). Understanding Crime Prevention. Boston, MA: Butterworth.

④ 许章润主编:《犯罪学》(第二版),北京:法律出版社2004年版,第288页。

措施，通过消除或减少刺激、诱发犯罪因素的途径，遏制和减少犯罪发生的行为体系。[①] 我国台湾学者习惯使用“防治”这个术语，认为其含义除了预防外尚包括治理。蔡德辉、杨士隆认为，犯罪预防系“预防、控制、排除、减少犯罪行为发生及降低犯罪恐惧感之较具组织性的措施”[②]。

2003 年 7 月 24 日，联合国经济及社会理事会关于“采取行动促进有效预防犯罪”的第 2002/13 号决议认可了《预防犯罪准则》。该准则约定，犯罪预防是指“通过影响犯罪的多种原因来谋求降低犯罪发生风险的各种战略和措施，包括：社会犯罪预防（或通过社会发展加以预防）；以当地、社区或居民点为基础的犯罪预防；情境犯罪预防及预防再次犯罪的措施”。本书作者颇为赞同上述定义。

（二）未成年人犯罪与偏差预防的基本原则与策略

对未成年人犯罪应防微杜渐，事前预防重于事后处罚。虽然“见兔而顾犬，未为晚也；亡羊而补牢，未为迟也”，[③]但相对于被动式的事后解决机制，主动式的事前预防显然更为重要，可将部分甚至大部分犯罪苗头扼杀于摇篮之中，防患于未然。《孙子兵法》忌讳“杀敌一万，自损三千”，[④]无数国内外未成年人偏差与犯罪预防的失败教训无不告诫我们在制定预防对策时不能草率行事。[⑤]

古往今来，对一般犯罪及未成年人犯罪的事前预防方法林林总总、种类繁多。近代以来，因实证研究热情高涨，对未成年人犯罪预防的方案更是层

① 宋浩波：《犯罪学原理》，北京：中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 258 页。

② 蔡德辉、杨士隆：《犯罪学》（增订四版），台北：五南图书出版公司 2006 年版，第 335 页。

③ 《战国策·楚策四》。

④ 《孙子兵法·谋攻》。

⑤ 《利雅得准则》提出未成年人犯罪预防的六项准则，分别是：通过从事合法的、有益社会的活动，对社会采取理性态度和生活观，以期青少年形成非犯罪型的态度；整合社会各方面力量，确保青少年的均衡发展，从其幼童期起尊重和促进其性格的发展；应遵循以儿童为中心的方针，青少年应发挥积极作用，参与社会活动，而不应被看做仅仅是社会化的或控制的对象；青少年从其幼年开始的福利应是任何预防方案所关注的重心；应认识到制定进步的预防少年违法犯罪政策及系统研究和详细拟订措施的必要性和重要性，这些政策措施应避免对未造成严重损害其发展危害他人行为而给儿童定罪和处罚；应发展以社区为基础的服务和方案，特别是在还没有设立任何机构的地方，正规的社会管制机构只应作为最后的手段来利用。

出不穷,例如前文提到的胡敦与谢尔顿等人的生物学派,主张采取“节育的优生计划”(eugenic programs of sterilization)与“选择性养育”(selective breeding)。不难看出,这些方法不免有失偏颇,缺乏足够实证数据佐证其理论依据,很容易为不良分子所利用,成为其宣扬种族歧视的武器。历史上,纳粹德国宣扬“雅利安人高贵血统论”给欧洲数以百万计的犹太人带来灭顶之灾。“前世之不忘,后事之师”,[①]这种历史的悲剧不能再次重演。

刑法及充当刑法执行保障与权威的刑罚在任何社会都不应当充当社会控制的主要手段,而只是在其他社会控制机制不能发挥其应有效力的无奈之举,作为最后一道防火墙出现。林山田、林东茂与林灿璋就未成年人犯罪的有效预防,亦指出,“法律只是事后的反应手段,比较不具有积极的作用”。[②] 即便是以少年福利为标榜的少年司法制度亦尽可能减少对未成年人的直接与正式干预。未成年人保护是系统的社会工程,幻想一劳永逸地以某一种或某几种社会控制手段来干预未成年人事业是不符合现实情景的,也注定无法实现其预定目标。事实上,《北京规则》在阐述其基本观念后,特别说明,“这些主要的基本观点涉及总的社会政策,旨在尽可能促进少年的幸福,从而尽量减少少年司法制度进行干预的必要”,而“这样做也可减少任何干预可能带来的害处”。

针对未成年人犯罪预防模式的构建,美国有学者曾提出“公共卫生预防犯罪模式”(public health model of crime prevention)。公共卫生模式原意旨在将重点放在减少风险、增强抵抗疾病与伤害。借用这一理念,刑事司法特别是少年司法领域引介适当替代方式,多维度了解暴力内涵,并确定潜在干预点以加强矫正或刑罚。它包括这样三个组成部分,即初级犯罪预防(primary crime and delinquency prevention)、二级犯罪预防(secondary crime and delinquency prevention)及三级犯罪预防(tertiary crime and delinquency prevention)。具体来说,初级犯罪预防意在鉴定出可能促使未成年人滑向犯罪的生态环境与社会环境机会,以便对症下药,采取相应措施;二级犯罪

① 《战国策·策一》。

② 林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版,第309页。

预防则是对有潜在犯罪可能的未成年人予以鉴别与预测,然后辅以辅导以使其远离犯罪;而所谓三级犯罪预防是指以少年司法系统为屏障和依托,通过机构处分与社区处分,对已犯罪少年进行矫正,力求其洗心革面、痛改前非。[①] 从本质上讲,该模式一般需延续四个基本步骤,以发现未成年人犯罪与预防对策。具体说来,这些步骤包括:一是以科学方法,特别是数据,来确定问题性质所在;二是通过分析风险因素和保护因素,找出问题潜在的原因;三是设计、开发和评价干预对策;四是及时将成功范例广而告之。[②]

国外学者将未成年人犯罪的原因主张与防治策略,归纳为生理体质防治策略(biological/physiological strategies)、心理防治策略(psychological/mental health strategies)、强化社会键防治策略(social network development strategies)、削弱犯罪影响防治策略(criminal influencer education strategies)、能力强化防治策略(power enhancement strategies)、角色发展与强化防治策略(role development/role enhancement)、正当休闲活动防治策略(activities/recreation strategies)、强化处人或社交技巧防治策略(education and skill development strategies)、强化正当社会期待防治策略(clear and consistent social expectation strategies)、满足经济需求防治策略(economic resource strategies)、提高犯罪成本之威吓防治策略(deterrence strategies)及去除社会标签防治策略(abandonment of legal control/social tolerance strategies)十二种策略。[③] 宋浩波认为,按照犯罪发生发展的自然过程,犯罪预防可分为罪前预防、罪中预防与罪后预防;根据预防的规模、性质,可分为宏观预防与微观预防;而依据社会分工,可分为社会预防与专业部门预防;依据犯罪预防对象的不同,可分为一般预防、重点预防与特殊预防;根据犯罪预防方法,可分为保护性预防、疏导性预防、堵塞性预防、惩戒性预防及改造性预防;根据犯

① 参阅杨士隆:《犯罪心理学》(第三版),台北:五南图书出版公司2006年版,第358页。

② Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2007). OJJDP Model Programs Guide-Prevention. Retrieved October 19, 2007, from http://www.dsgonline.com/mpg2.5/prevention.htm.

③ 参阅黄富源:《当前"我国"青少年犯罪原因与对策》,载(中国台湾)《"国家"政策论坛》2002年第2期。

罪预防所凭借的力量与媒介的不同,又可分为人防、物防和技防。[①] 除了上面提到的初次预防、二次预防及三次预防等犯罪预防概念外,未成年人犯罪预防又可进一步分为一般预防、特殊预防与再预防。

(三)未成年人犯罪与偏差的早期干预

举轻若重,化危机于初端,一些防止未成年人犯罪的方法强调,应早在偏差行为发生前对少年生活进行干预。先人对早期干预亦相当重视,孔子曰"少成若天性,习惯如自然"。[②] 赫胥亦曾指出,儿童早期的有效抚养可养成其较高自我控制能力,而这将会在其生命历程中起到有效遏制犯罪的重要作用。[③]

早期干预(early intervention),原系医学术语,指采用科学手段在儿童发育早期对其生理、心理进行全面矫正以促其健康发育、成长的措施。广东省中山市博爱医院对2003年11月至2004年11月来该院儿童保健门诊的健康儿童进行气质测查。结果发现,接受早期干预组的幼儿气质维度突出表现为适应性、节律性、持久性增强,对外界刺激的敏感性低,适应环境的能力更强,做事更有规律性,注意力也较集中,更愿意接受新事物。[④] 现少年司法常借用之,指采取一系列科学手段在婴幼儿生理发育早期、儿童期对其生理、心理进行矫正以避免和减少以后犯罪与偏差的防治措施。

有鉴于此,《北京规则》第1.2条督请会员国"应尽力创造条件确保少年能在社会上过有意义的生活,并在其一生中最易沾染不良行为的时期使其成长和受教育的过程尽可能不受犯罪和不法行为的影响"。《北京宣言》第24条指出,"促进和保护所有儿童的最大利益,重点放在儿童成长中的关键阶段,使干预对儿童具有最大和最长久的影响"。为达到早期干预的正面效果,该宣言敦请缔约国进行三类工作,包括"通过最佳的早期儿童护

---

① 参阅宋浩波:《犯罪学原理》,北京:中国人民公安大学出版社2001年版,第266—272页。

② 《汉书·贾谊传》。

③ Sampson, Robert and John Laub. (1993). Turning Points in the Life Course: Why Change Matters to the Study of Crime. Criminology. 31(3), p.301.

④ 曾倩、阮世晓、杨月萍等:《早期干预对小儿气质影响的研究》,载《中国妇幼保健》2007年第24期,第3391—3393页。

理和发展、普遍的出生登记和获得国籍，拥有良好的人生开端；获得优质的基础教育；具有充分发展个人能力、参与并为社会作贡献的机会，特别在青春期”。

国际教育署系联合国教科文组织专门机构，“指出干预（特别是在儿童尚小的时候进行干预）讲清这些行为的危险因素，可以减少儿童在达到青春期时发生严重不良行为的机会”。[①]《利雅得准则》亦指出，青少年从其幼年开始的福利应是任何预防方案所关注的重心。我国《预防未成年人犯罪法》树立了未成年人犯罪预防的若干基本原则。该法第2条规定，“预防未成年人犯罪，立足于教育和保护，从小抓起，对未成年人的不良行为及时进行预防和矫治”。

二、危险因素和未成年人犯罪与偏差的关系

（一）危险因素与保护因素

未成年人犯罪成因复杂而多样，其防控手段与措施更是千头万绪，需厘清脉络、究根刨源，发现其中现实可行的解决方案。影响未成年人成长与发育的因素很多，既包括负面的消极因素，也包括正面的积极因素。我们通常将前者称之为危险因素，而将后者称为保护因素。

“危险因素”（risk factors）这一概念，最早由美国心脏病学家汤姆斯·杜波（Thomas Dawber，1913—2005）于1961年提出。就少年司法言，所谓危险因素又称危险因子、前置因素，系指可能导致未成年人犯罪与偏差风险的重要影响变量。与此相对应，所谓“保护因素”（protective factors），则是指缓解与预防未成年人犯罪与偏差危险出现的内外在变量。危险因素与保护因素，二者相辅相成，成对出现。有什么样的危险因素，就可能会有什么样的保护因素与之相对应。

未成年人犯罪与偏差除社会外界不良环境所带来的负面影响外，固有

① 沙伦·L.福斯特、帕特丽夏·布格兰、安东尼·毕哥兰、王琳娜、索达爱吉斯著，马焕灵译：《行为问题的预防：如何操作》，日内瓦：联合国教科文组织国际教育署2002年版，第8页。

的生理、心理不成熟更是其从事不法行为的重要因素。没有任何单一危险因素必然导致少年触法，一般来说危险因素的数量越多，少年出现偏差的概率就越高。[①] 尽管某些危险因素对许多问题少年司空见惯，但危险因素对每位问题少年的影响大体上仍因人而异。国外研究表明，可能造成未成年人早期偏差的危险因素主要来自个人方面与家庭方面。其中前者包括分娩并发症（birth complications）、多动症（hyperactivity）与感觉需求（sensation seeking）[②]、喜怒无常（temperamental difficulties），而后者包括父母的反社会行为、犯罪或药物滥用行为与抚养不利（poor child-rearing practices）。[③] 随着未成年人不断成长并融入社会之中，来自同侪影响、学校与社区的危险因素将会与日俱增。

在论及未成年人社会化时，《利雅得准则》提出应将未成年人犯罪与偏差的预防政策重点放在"促使所有儿童和青少年尤其是通过家庭、社区、同龄人、学校、职业培训和工作环境及通过各种自愿组织成功地走向社会化和达到融合"。综合考虑未成人犯罪与偏差起因、预防与控制，不外乎生理、心理、家庭、学校、社区及社会等多方面因素。危险因素与预防因素在这几方面的此消彼长，可有效实现对未成年人犯罪与偏差的预防目的。"河冰结合，非一日之寒；积土成山，非斯须之作"，[④]造成未成年人犯罪与偏差的原因并不是一天之内形成的。倘若方法得当，针对危险因素提出反治策略，围绕保护因素构建行之有效的解决方案，假以时日，必能减少未成年人犯罪与偏差。

按照自身运动特点，危险因素可分为静止因素与动态因素。前者系不可变因素，包括历史因素与人口因素。其中历史因素包括首犯时年龄及逮

---

① Loeber, Rolf, David P. Farrington, and David Petechuk. (2003). Child Delinquency: Early Intervention and Prevention. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.6.

② "sensation seeking"又可译为"玩的就是心跳"。

③ Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.2.

④ （东汉）王充：《论衡·壮留》。

捕次数等，而人口因素则包括性别、年龄、民族与种族等。动态因素则包括获得致命性武器的途径、精神恍惚及交友范围等可变因素。与静止因素相比，动态因素对于未成年人犯罪防治策略来说更具有现实操作性：控制这些动态因素，可大大减少犯罪与偏差的现实发生率。①

按照危险因素与危险结果间的联系程度，危险因素又可分为持久性危险因素与短期性危险因素。亦有学者将危险因素分为犯罪学意义上的危险因素与临床危险因素。前者包括童年苦难经历、犯罪性等变量；而后者则指精神异常等变量。而按照是否源自未成年人自身，危险因素又可分为内在心理因素与社会环境因素，后者包括家庭因素、学校因素、同侪因素等。由美国司法部召集该国 39 名少年问题专家组成"非常年轻罪犯研究小组"(Study Group on Very Young Offenders)认为未成年人犯罪与偏差的危险因素包括个人、家庭、同侪及学校与社区四个方面。② 林山田、林东茂与林灿璋亦指出，"未成年人犯罪须有赖于家庭结构与功能的健全、学校教育的正常发展及社会环境的无污染才能得到有效预防"。③ 这是比较常见的分类，本书亦采用之。

（二）社会因素与未成年人犯罪与偏差预防的关系

1. 社会预防的危险因素

未成年人触法往往是受到社区解组与疏离感、不良书刊影片、不良场所、失业、不良社会风气等因素影响。社会经济地位也常被认为是未成年人犯罪与偏差的另一重要因素。国外许多研究表明，经济的不景气，加上居高

---

① Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 2.

② Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 2.

③ 林山田、林东茂、林灿璋：《犯罪学》(增订三版)，台北：三民书局 2002 年版，第 309 页。

不下的失业率和有限的经济机会，都可能使未成年人犯罪与偏差的预防雪上加霜。在英国“英格兰与威尔士少年司法委员会”(Youth Justice Board for England and Wales)2005 年提交的《危险与保护因素》(*Risk and Protective Factors*)中，将社区方面的危险因素总结为：生活于弱势邻里之中(living in a disadvantaged neighborhood)，社会解体与照管不良(disorganization and neglect)，毒品之可得性(availability of drugs)，人口高变动及缺乏邻里附着(high population turnover, and lack of neighborhood attachment)，枪支之可得性(availability of firearms)，有利于使用毒品、枪支及犯罪之社区法律与准则(community laws and norms favoring drug use, firearms and crime)与媒体描绘之暴力行为(media portrayals of violence)。①

2. 社会预防的保护因素

德国刑法学家弗兰茨·冯·李斯特(Franz Von Liszt, 1851—1919)一针见血地指出，“最好的刑事政策就是社会政策”。各国刑事政策与未成年人保护实务反映出未成年人低犯罪率与社会包容及管制之间存在强烈的相辅相成关系。王牧等认为，犯罪社会预防应遵循法制原则、人道主义原则、调动公众参与原则、具体化原则、统筹协调原则、科学化原则及动态原则。②未成年人犯罪与偏差的预防，如同预防成年人犯罪一样需依赖社会大环境的改善。比如通过提高升学率，降低学杂费以减少辍学、失学率，提供免费职业培训与工作介绍等等。

《北京宣言》第 26 条要求，“在权力下放的体制内，加强国家和地方各级实施国家综合行动计划的能力”。《利雅得准则》第 9 条要求，各国政府应制定全面性的未成年人犯罪防治方案。具体说来，这些方案应涵盖如下内容：一是深入地分析问题，查明现有的方案、服务、设施和可取得的资源；二是明确划定参与预防工作的合格机关、机构和人员的责任；三是制定具体办法，适当协调各政府机构和非政府机构间的预防工作；四是根据有预见性的研究制定政策、方案和战略，以便不断进行监测，并在执行过程中认真作

① Youth Justice Board. (2005). Risk and Protective Factors. London, UK: Youth Justice Board for England and Wales. pp. 3-4.

② 王牧主编：《新犯罪学》，北京：高等教育出版社 2005 年版，第 344—346 页。

出评估；五是制定有效减少发生不端行为机会的方法；六是促进社区通过各种服务和方案进行参与；七是国家、州省和地方政府之间开展密切的跨学科合作，吸收私营部门、所针对社区的公民代表，劳工、儿童保育、卫生教育、社会、执法、司法机关等部门参加，采取协调一致共同行动防止少年违法和犯罪行为；八是让青少年参与制定防止不端行为的政策和程序，包括借助社区资源、青少年自助、被害人赔偿和援助方案等；九是各级专业人员。①

在未成年人保护与犯罪预防的专业机构建设方面，各国大多构建有形式多样的未成年人机构来贯彻、执行与监督相关事业的发展。我国亦不例外，《预防未成年人犯罪法》第3条要求，预防未成年人犯罪，在各级政府组织领导下，实行综合治理。该法同时要求"政府有关部门、司法机关、人民团体、有关社会团体、学校、家庭、城市居民委员会、农村村民委员会等各方面共同参与，各负其责，做好预防未成年人犯罪工作，为未成年人身心健康发展创造良好的社会环境"。第4条明确了各级政府在预防未成年人犯罪方面的职责，"制定预防未成年人犯罪工作的规划；组织、协调公安、教育、文化、新闻出版、广播电影电视、工商、民政、司法行政等政府有关部门和其他社会组织进行预防未成年人犯罪工作；对本法实施的情况和工作规划的执行情况进行检查；总结、推广预防未成年人犯罪工作的经验，树立、表彰先进典型"。显然，这里的条款内容过于笼统，没有明确执行主体，可操作性不强。在随后各省市制定的实施办法中，有些对具体部门作了明确规定，有

① 在社区防控方面，《利雅得准则》要求：一是社区应制订或加强现有的符合青少年特殊需要、适应他们的问题、兴趣和忧虑的各种社区性服务和方案，以及向青少年及其家庭提供的辅导和指导。二是社区应提供或加强现有的各种社区性支助青少年的措施，其中包括设立社区发展中心、文娱活动设施和服务，以解决面临社会风险的儿童的特殊问题。在提供这些协助措施时，应确保尊重个人的权利。三是对已无法再在家里生活或无家可归的青少年，应建立专门设施，向他们提供适当的收容住所。四是应提供各种服务和帮助措施，解决青少年步入成年期所经历的种种困难。这种服务应包括对吸毒青少年的特别方案，其中应强调关怀、辅导、协助和着重治疗的干预。五是向青少年提供服务的自愿组织，应由各国政府及其他有关机构提供财政及其他支助。六是应建立或加强地方一级的青少年组织，并给予管理社区事务的充分参加资格。这些组织应鼓励青少年举办集体性和自愿性的项目，尤其是帮助那些需要协助的青少年的项目。七是政府机构应负责起特别责任，向无家可归的流浪街头儿童提供必要的服务；应随时向青少年提供当地设施、住所、就业及其他帮助形式和来源的信息。八是应建立各种适合青少年的特别兴趣的文娱设施和服务，并方便他们使用。

些仍然语焉不详。

在政府机构防控未成年人犯罪与偏差方面,我国台湾地区在很多地方均有可圈可点之处。以台北县为例,该县警察局少年警察队先后开设有法律剧场、法律辅导教室、高关怀班教室、个案辅导及民主法治演讲五个内容,并提供联系电话以方便辖区内中小学校便捷接洽、咨询。

除了政府层面的直接推动,社区作为现代社会基本组成单元在未成年人犯罪预防方面的重要性也不容小觑。社会键理论告诫我们,需增强未成年人与社会的四种社会键联系。可在社区中开展形式多样的文体活动,吸引未成年人广泛参与。具体来说,一是净化未成年人安全活动空间,对网吧、KTV 等重点防控地段与场所定期检查,以有效减少未成年人涉足其中的几率。二是在有条件的地区建立由当地共青团、妇联、学校、社区及青年义工与社工共同参与的未成年人辅导委员会,向问题少年及时提供专业咨询意见,培养其正确的人生观。三是开展形式多样的文体活动,鼓励未成年人及其父母参与。

(三)心理因素与未成年人犯罪与偏差预防的关系

1. 个人心理的危险因素

一般而言,心理方面的危险因素主要存在于人格系统(personality system)、知觉环境系统(perceived environment)及行为系统(behavior system)中。[①] 因心理疾病、问题而造成的未成年人问题不胜枚举,茶余饭后的只言片语都可能诱发未成年人犯罪或偏差。国外学者将与犯罪有关的心理特征分为三类,即与性格有关者、与情绪有关者及与因应能力有关者。[②] "英格兰与威尔士少年司法委员会"将个人方面的危险因素总结为:多动和冲动(hyperactivity and impulsivity)、低智商和认知功能障碍(low intelligence and cognitive impairment)、疏离感和缺乏社会承诺(alienation and lack of social commitment)、纵容违法犯罪和滥用毒品的态度(attitudes that condone

① 林文瑛、王震武、黄富源:《青少年犯罪形成历程的学校因素探讨》,(中国台湾)"台湾社会问题研究学术讨论会"论文,1999 年 12 月 29—30 日。

② 参阅林秀怡、马传镇、陈玉书:《心理特质、紧张对少年偏差及犯罪行为影响之研究》,载(中国台湾)《玄奘社会科学学报》2003 年第 1 期,第 6 页。

offending and drug misuse)、早期参与犯罪和滥用毒品(early involvement in crime and drug misuse)与同侪参与犯罪和滥用毒品结下的友谊(friendships with peers involved in crime and drug misuse)。[①] 美国司法部"非常年轻罪犯研究小组"认为，早期反社会行为诸如高行为激发(high behavioral activation)和低行为抑制(low behavioral inhibition)的情感因素、认知发展有限(poor cognitive development)及多动症都是影响未成年人犯罪与偏差的个人方面的危险因素。[②] 不难发现，这些个人因素大多与心理因素密不可分。

【案例二十九】

2007年初国内娱乐界最大的噱头可能莫过于"父亲卖肾助女追星"、"女粉丝苦追刘德华 父亲投海自杀"[③]、"追星女子杨某某称父亲之死跟自己没关系"[④]等新闻，其女主角都无一例外指向杨某某——一位十三年痴迷追星，散尽家财且老父为此投海的兰州女。综合上述媒体信息不难发现，杨某某也曾学习努力、刻苦，亦被评为优秀学生干部。然而曾几何起，她陷入疯狂的追星迷梦而不可自拔，初二起辍学在家。为多次赴京、港一睹心中偶像风采，更为实现萦绕心中的姻缘迷梦，在杨某某要求之下，其父变卖家产，甚至思量卖肾，以致负债累累。2007年3月26日，杨父因不满刘德华在歌迷"庆生会"上对其女多有怠慢，"女儿跟刘德华没好好聊天"，投海身亡。而更令人不可思议的是，杨某某辩称"她父亲是被刘德华害死的，要讨回公道"、"父亲之死跟自己没关

---

① Youth Justice Board. (2005). Risk and Protective Factors. London, UK: Youth Justice Board for England and Wales. p.4.

② 转引自 Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.3.

③ 新浪:《女粉丝苦追刘德华 父亲投海自杀》，载新浪网，http://ent.sina.com.cn/f/nfsbsfq/index.shtml，2007年4月2日。

④ 刘哲:《追星女子杨丽娟称父亲之死跟自己没关系》，载网易网，http://news.163.com/07/0329/07/3AO2UCFG00011229.html，2007年3月30日。

系”。透过铺天盖地的追踪报道与“独家新闻”，可追寻杨某某心理脉迹。2006年在接受中央电视台采访时，杨某某如是说，“我觉得我和一般的歌迷不同，像我这样完全放弃生活的，全国找不出第二个人来。如果这次见不着，我干脆死在香港算了”。而在写给刘德华的请愿函中，其父称杨某某“每天几乎都梦见你，每天都望着你的画像默默地与你说话”、“十分自信地认为她和你一定有缘见面”，更让人瞠目结舌的是，除了心中偶像，“她已经感受不到父母的爱和其他美丽的东西”。[①] 此外，其心理的扭曲从其邻里称其“对父母特别凶”、“没有谈过恋爱，连正常朋友都没有”[②]等只言片语中可见一斑。

杨某某一家的悲剧看似不过个案，但实际上也从一个侧面折射出当前部分未成年人在其成长中因缺乏足够心理辅导与咨询而出现人格扭曲的现实，也反映出心理辅导的缺位与尴尬。“河冰结合，非一之日寒；积土成山，非斯须之作。”[③]杨某某自十四岁辍学，因缺乏充足、有效的早期干预机制，迷惘无助，她在心理自闭、妄想症的路上越走越远。我国学者曾对300例青少年心理障碍求诊者的临床资料进行整理，发现主要临床表现为情绪低落、不听话、焦虑、注意力不集中及缺乏兴趣等；而且心理障碍发生率随年龄增大而增高。[④] 针对未成年人心理尚不健全这一客观现实，实现早期干预，对其心理成熟不无裨益。

许多未成年人在情绪波折应对方面缺乏技巧，过于匆忙、草率，在问题认知上可能存有曲解，易愤世嫉俗。应对这些危险因素最好的办法便是培养保护因素，如养成处理困难局面的个人能力、乐观与积极向上的心态、与

---

① 《兰州父欲卖肾助女见偶像刘德华 华仔斥“不孝”》，载搜狐网，http://news.sohu.com/20060325/n242470088.shtml，2006年3月25日。

② 付军：《访谈实录：杨丽娟从未恋爱，也无朋友》，载网易网，http://ent.163.com/07/0328/03/3AL2R1HL00031H2L.html，2007年3月28日。

③ （东汉）王充：《论衡·状留篇》。

④ 韦志岩、孙建中、张岿、牛飞、韦学斌：《青少年心理障碍的危险因素分析》，载《临床心身疾病杂志》2005年第1期。

人为善的协调能力及妥协能力等等。以未成年人自杀为例，不少未成年人动辄以轻生来处理问题及困难，不禁让人扼腕叹息。近年来，未成年人自杀事件有逐年增多的趋势，而“跟风式自杀”与“相约式自杀”比例更是攀升，连创新高。仅1981—1998年间，全美共计有20,775名七岁至十七岁未成年人走上自杀的不归路，而这一数字与同一时期的凶杀罪案被害人与癌症被害人数几可相当。[①] 美国“儿童与青少年精神病学会”（American Academy of Child and Adolescent Psychiatry）估计自杀是十五至二十岁青少年死亡的第三大死因，是五至十四岁儿童死亡的第六大死因。[②] 近年来，日本每年有近100名在校学生因为受欺负而自杀，这已成为严重的社会问题。2007年1月8日“成人节”之前，日本一婚姻信息服务公司对上一年里度过自己二十岁生日新成人的调查显示，49%的新成人有过受欺负的经历，其中有29%想到过自杀。[③] 2005年，中国疾病预防控制中心对9,015名中小学生（主要年龄为十至十四岁）进行了一次调查，发现17.4%的孩子“认真想过自杀”，8.2%的孩子甚至“做过自杀计划”。[④] 世界卫生组织公布的统计数据显示，19%的孩子自杀的原因是害怕受到惩罚，18%患有精神疾病，18%面临家庭冲突，3%因为丢了钱，1%有身体残疾。[⑤] 自杀乃是多种因素使然。抑郁症与自杀往往结伴出现，未成年人做事易意气用事，当感受愤怒或受挫且无助时，亦可能自杀。

2. 心理预防的保护因素

孔子曰：“人之过也，各于其党。观过，斯知仁矣。”[⑥]意思是说，人们所犯的过错各由其自身性格使然；因而观察其过错，便可获知他的人生正途何

---

① Snyder Howard, Monica Swahn. (2004). Juvenile Suicides, 1981 - 1998. Youth Violence Research Bulletin, March 2004. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency, U.S. Department of Justice. p. 1.

② American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. (2004). Teen Suicide. Retrieved December 26, 2006, from http://aacap.org/page.ww? name=Teen+Suicide&section=Facts+for+Families.

③ 江冶等：《百问日本：社会篇“下流社会”与“援助交际”》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/world/2007-04/11/content_5962290.htm，2007年4月11日。

④ 董城：《未成年人心理健康问题令人担忧》，载《光明日报》2006年12月18日。

⑤ 《俄罗斯：花季少年为何轻生？》，载《参考消息》2003年8月12日。

⑥ 《论语·里仁篇》。

在。我国《未成年人保护法》第14条规定，“父母或者其他监护人应当根据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定时告知其本人，并听取他们的意见”。

仍以未成年人自杀为例，美国儿童与青少年精神病学会告诫父母对其子女下述自杀征兆需格外小心：改变饮食和睡眠习惯；对参与亲朋好友日常活动不置可否；出现暴力行动、叛逆行为或离家出走；酗酒、吸毒；不修边幅；人格突变；寡言少语、注意力不集中、学业成绩下降；经常诉说身体不适，尤其是当这些症状与心理问题有关时，如胃痛、头痛及易疲劳等等；对有意思的文体活动兴趣索然；对表扬或称许漠不关心。[①] 自杀的危险因素包括个人、家庭、学校与社会因素。其中个人因素主要包括情感因素与心理因素，而心理问题尤其是情绪失常、反社会情绪及药物滥用等都与未成年人自杀有密切联系。多数少年自杀未遂者有抑郁症，这些可以通过认知疗法与人际关系疗法治疗，因此，对精神失常的未成年人应及时收诊进行有效治疗。此外，对于有自杀家族史的未成年人需要特别予以关注。

（四）家庭方面的危险因素与未成年人犯罪与偏差预防的关系

1. 家庭预防的危险因素

台湾圣严法师曾指出，“家庭的功能在于成员之间伦理关系的互敬、互助、各守其责、各守其分、共存共荣、同甘共苦、共同成长”，[②]上述杨某某事件也反映出其父母在追星问题上的错误观念。家庭在未成年人成长中扮演着无可替代的作用，《经济、社会、文化权利国际公约》第10条第1款指出，家庭乃是“社会的自然和基本的单元”。作为未成年人人生的第一位导师，父母的一言一行对其健康成长无疑至关重要。美国社会学家大卫·缪斯克(David Musick)更认为，如同社会性赞许活动，未成年人犯罪与偏差同样植根于家庭之中；而亲子关系(parent-child relationships)好坏则是形成模范品

---

① American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. (2004). Teen Suicide. Retrieved December 26, 2006, from http://aacap.org/page.ww? name=Teen+Suicide&section=Facts+for+Families.

② 圣严法师：《放下的幸福》，武汉：长江文艺出版社2009年版，第152页。

德与不良品行之根基。[1] 老子云："合抱之木,生于毫末",[2]苍天大树的成长非一朝一夕使然,而是根植于毫末之间,更历经层层考验与风霜。父母作为子女漫漫人生路上首任教师,其责任不可谓不重。所谓亲子关系,有广义与狭义之分。据台湾学者廖荣利的观念,广义上的亲子关系是指父母对子女教养态度与亲子之间的心理交互反应;而狭义上的亲子关系则是指特殊性格倾向的父母对子女性格或心理健康状态的影响。[3] 通常意义上,我们讨论的是广义亲子关系。

【案例三十】

2007年10月10日,美国俄亥俄州克利夫兰市"成功技术学校"(Success Tech Academy)发生校园枪击案。该校一名十四岁男生阿萨·库恩(Asa Coon)持双枪闯入校园,在打伤4人后开枪自尽。据调查,该少年2006年曾长期困扰于家庭暴力之中,父母间的争斗不息严重扭曲了其对人生的正确看法,继而形成其畸形的犯罪人格以致大开杀戒。[4]

【案例三十一】

福建少年洪某一岁时被父母抛弃,被收养后遭养父母虐待,养父母"对其经常责骂、殴打,甚至在寒冷的冬天,被强迫脱光衣服用井水浇淋全身"。小学五年级还未读完,他就辍学前往广东打工。2010年2月18日,尚不满十六岁的洪某手持一把长约8厘米的弹簧刀抢劫朋友奶奶,致后者受轻微伤。[5]

---

① Musick, David. (1995). An Introduction to the Sociology of Juvenile Justice. Albany, NY: State University of New York Press. p.6.

② 《老子》。

③ 参阅林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版,第299页。

④ 《美14岁少年双枪射伤师生4人自尽》,载《南方都市报》2007年10月12日。

⑤ 卫学军、谢涛、宋云花:《被父母抛弃被养父母虐待,16岁男孩抢劫获轻罚》,载《南方都市报》2010年8月16日。

我国台湾地区犯罪学者郑瑞隆2001年的研究表明,家庭暴力被害经验可以预测未成年人犯罪与偏差行为的31.5%。[①] 在大陆地区,因家庭问题而造成未成年人犯罪与偏差的案例亦比比皆是。据司法部"少年犯罪与改造"课题组对全国16个省、区、市6,000多名少年犯的问卷抽样调查表明,26.6%少年犯来自破裂家庭。[②] 2002年,有学者选取河南省某未成年犯管教所250名十四至十九岁汉族男性进行犯罪青少年个性与父母养育方式的相关研究,并与250名同性别、同年龄区间、同民族的在校中学生比对。结果发现,这些青少年犯父母对子女缺乏情感关爱与理解,而更多采用体罚、溺爱等极端举措。[③] 在对安徽省合肥城区儿童少年行为问题的现状进行分析后,研究人员发现影响未成年人行为的家庭危险因素主要包括:单亲抚养、家庭中其他孩子偏差行为、学业问题、父母心理问题、家庭氛围差及家长对孩子学业不满意等。[④] 2001年至2002年,关颖等人对10个省市3,000名未成年犯的抽样调查发现与家庭危险因素有关的有两点,即对孩子思想品德和心理状况的忽视是未成年犯家庭教育的最大失误及父母的不良教育方式和教育能力的缺陷催化了未成年人不良行为的产生和发展。[⑤] 2006年5月,浙江省未成年犯管教所发放问卷1,326份,对在押未成年犯进行问卷调查,从中获取到这样一些涉及其家庭背景的数据:父母文化主流是小学层次、超过三成的父母有不良品行、父母教育内容中法制含量较低、有四成父母感情欠佳、有四分之一的父母管教失责、两成未成年犯和父母有过较大冲突、独子身份总数过半、失足方知父母养育之恩。该未成年犯管教所得出结论,家庭功能弱化与未成年人违反犯罪存在较大关联。[⑥]

---

① 郑瑞隆:《青少年暴力犯罪之成因:家庭因素》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第93页。

② 转引自林少菊:《家庭伦理与犯罪研究》,北京:中国人民公安大学出版社2005年版,第149页。

③ 李慧民:《犯罪青少年个性与父母养育方式的相关研究》,载《中国学校卫生》2003年第4期,第326—327页。

④ 参阅高茗、陶芳标、张金霞、王敏、江涛、吴汉荣:《少年儿童行为问题与家庭、学校因素关系》,载《中国公共卫生》2005年第9期。

⑤ 关颖、鞠青主编:《全国未成年犯抽样调查分析报告》,北京:群众出版社2005年版,第8页。

⑥ 周荣瑾:《家庭功能弱化与未成年人违法犯罪之探讨》,载《青少年犯罪问题》2007年第3期,第23—24页。

美国心理史学权威劳埃德·狄莫斯(Lloyd deMause)有句脍炙人口的论断,"教养幼儿的方式为改变历史的中心力量"。在其所著《儿童史》(*The History of Childhood*)中将人类历史上先后依次出现的亲子抚养关系分为六类,即弑婴模式(infanticidal mode)、遗弃模式(abandonment mode)、好恶相克模式(ambivalent mode)、入侵模式(intrusive mode)、社会化模式(socialization mode)与帮助模式(helping mode)。[①] 一直到4世纪,弑婴模式在欧洲都不稀奇。若新生儿肢体有缺陷或过于羸弱,其父母便可能弑婴,这对存活的其他未成年子女也有相当的震撼。我国历史上弑婴主要是溺婴,且通常以溺女婴为主。其原因不外乎婚姻论财造成的妆奁昂贵、贫穷、重男轻女及控制家庭人口规模等等。[②] 南宋绍兴八年五月庚子(1138年6月24日)高宗颁布诏令:"禁贫民不举子,其不能育者,给钱养之。"其意是禁止贫民不养育子女,如其实在无力养育,则官府可"给钱养之"。折射出当时弑婴成风,连南渡建康的赵构也忙里偷闲下诏予以戒止。无独有偶,明朝宪宗成化年间亦制定有《禁约嫁娶奢侈淹死女子例》。即便时至今日,溺婴行为仍时有耳闻。我国现行《婚姻法》第21条规定,"禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为"。《未成年人保护法》第10条也规定,"禁止溺婴和其他残害婴儿的行为"。

不同历史与文化背景下,上述单一或数种模式并存并不罕见,父母的任何过激行为都会给亲子关系蒙上阴影,也会给未成年人犯罪与偏差带来诸多隐患。相比较而言,社会化模式下的未成年人子女远较其他除帮助模式以外模式行为"端正",但倘若父母个别言行具有好恶相克模式取向,对子女短期越轨拳脚相加,则可能欲速不达、适得其反。孔子曰:"夫君者舟也,人者水也。水可载舟,亦可覆舟",[③]若运用妥当,即便某些旧有模式也可对未成年人偏差有积极作用。以遗弃模式为例,父母若发现未成年子女行为诡秘却又束手无措时,可向少年司法机构求援,以分流或审判等方式将其暂时交付国家予以妥善管教。《利雅得准则》将实现亲子间的良性互动视为

① DeMause Lloyd. (1974). The History of Childhood (ed.). New York, NY: The Psychohistory Press. pp. 51 - 54.

② 常建华:《明代溺婴问题初探》,载《中国社会历史评论》第四辑,北京:商务印书馆2002年版。

③ 《后汉书·皇甫规传》注引《孔子家语》。

未成年人犯罪预防的重要手段,“促进亲子之间的关系,使父母能敏锐地发现孩子的种种问题”。

在层出不穷的网络热议事件中,“父母皆祸害”(anti-parents)无疑是近期最吸引读者眼球的噱头之一,完全颠覆了国人对亲子关系的传统认知与恪守。2005年,英国作家尼克·霍恩比(Nick Hornby)在其畅销长篇小说《自杀俱乐部》(*A Long Way Down*)首次提出该概念。尽管被冠以“惊悚”、“大逆不道”、“令人发指”,“父母皆祸害”网络讨论小组成立于2008年1月,其极强的号召力吸引着众多网民加入其中,自揭家庭亲子之纠结。在2010年7月初,这个小组成员还不到7,000人,而到该月底已迅速飙升超万人。[①]

美国司法部“非常年轻罪犯研究小组”认为,教养方式(parenting)、虐待(maltreatment)、家庭暴力(family violence)、离异(divorce)、家长的心理病态(parental psychopathology)、家族性的反社会行为(familial antisocial behaviors)、未成年生子(teenage parenthood)、家庭结构(family structure)及大家庭规模(large family size)是未成年人犯罪与偏差家庭方面的危险因素。[②] “英格兰与威尔士少年司法委员会”将家庭方面的危险因素总结为:父母监管与处分不善(poor parental supervision and discipline)、冲突(conflict)、犯罪史(history of criminal activity)、父母宽恕反社会行为与犯罪行为的态度(parental attitudes that condone anti-social and criminal behavior)、低收入(low income)与简陋住房(poor housing)。[③] 少年司法委员会同时认为,这些危险因素可于产前和围产期[④]阶段查明,并影响整个童年和青春期

---

① 《父母皆祸害?》,载 http://msn.ynet.com/eventl.jsp? eid=67960019,2010年7月29日。

② Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.3.

③ Youth Justice Board. (2005). Risk and Protective Factors. London, UK: Youth Justice Board for England and Wales. p.3.

④ “围产期”又称“围生期”,系指孕产妇产前、产时和产后一段时间。在我国,“围产期”具体指怀孕满28周至产后1周的这段时期。

始终。联合国《2005年世界青年报告》第80条指出,"贫穷、破碎家庭、药物滥用和家庭成员死亡等,是导致未成年人犯罪的危险因素"。工作节奏越来越快,压力加大,城市中双职工即所谓"双薪父母"大量出现;农村中因父母外出务工而造成的"留守儿童"日益增多。以后者为例,据2005年全国1%人口抽样调查抽样数据,14周岁以下留守儿童在全体儿童中所占比例为21.72%;农村留守儿童约5,800万人,几近三成(28.29%),其中14周岁以下农村留守儿童约4,000多万。[①] 这些都迫使未成年人与家庭关系出现与先前大不一样的变化。虽然未成年人身心发展程度早已非比往昔,但仍赶不上社会日新月异的变化速度。因家庭功能失调、解组或缺位所造成的各类危险因素的负面作用日益突出。诸如出生于不完整家庭、目睹婚姻暴力、亲子关系疏离或冲突、家庭互动不良、模仿父母、父母监管不当、暴力家庭、父权家庭及受虐家庭等因素均可为未成年人犯罪与偏差埋下隐患。

家庭残缺包括父母分居或离婚、单亲家庭因父亲或母亲角色缺位导致家庭功能缺失,此外现代工作压力使父母忙于工作,自顾不暇,以未成年子女作为宣泄怨气的出气筒也时而出现,以致造成家庭互动偏少、凝聚力偏低,而这又会导致未成年人缺乏安全感。而若父母涉毒、赌、嫖,酗酒、患有精神病,有犯罪前科,其行为对于其未成年子女影响不言而喻。这些危险因素均可造成亲子关系疏远、僵持甚至冲突,这会深刻影响未成年人与父母正常关系的建立与发展,且其青春期惯有的逆反心理作祟。若不及时调节,不但不利于未成年人道德与社会责任感的健全,还可能抑制内心自我控制的正确形成。国外无数相关实证研究均证明,父母监督及亲子认同关系均为形成未成年人犯罪的重要影响因素。[②] 所谓父母监管不力,实际上包含两个极端,即父母疏于管教或父母管教过于严苛、专制。前者诸如推卸责任、漠不关心等;后者则包括体罚、斥责等。而过度溺爱则游离于二者之间,也可造成未成年人飞扬跋扈,自视过高,缺乏延宕满足的自制能力。

---

① 全国妇联:《全国农村留守儿童状况研究报告》,载教育部网站,http://www.moe.edu.cn/edoas/website18/66/info1255073822617166.htm,2008年10月3日。

② 许春金、谢文彦:《家庭内杀人事件:案例研究》,(中国台湾)台湾社会问题研究学术讨论会论文,1999年12月29—30日。

2. 家庭预防的保护因素

据国外研究,婴儿自出生起便对其父母有依恋感,虽然这种依恋感在三至四岁达到顶点后会有所降低,但仍会持续终身。一般认为,依恋感包括安全型、不安全躲避型、不安全冲突型和不安全紊乱型四种。[①] 对家庭在未成年人犯罪与偏差中的作用,《儿童权利宣言》、《利雅得准则》及《北京宣言》等国际公约均提出了相应要求。如《儿童权利宣言》原则六规定,"儿童为了全面而协调地发展其个性,需要得到慈爱和了解,应当尽可能地在其父母的照料和负责下,无论如何要在慈爱和精神上与物质上有保障的气氛下成长"。该宣言原则七又规定,"儿童的最大利益应成为对儿童的教育和指导负有责任的人的指导原则;儿童的父母首先负有责任"。《北京宣言》第30条要求,"承认并且支持父母和家庭作为儿童的主要抚育者,加强他们为儿童提供最佳照料、哺育和保护的能力"。[②] 我国《预防未成年人犯罪法》第49条规定,"未成年人的父母或者其他监护人不履行监护职责,放任未成年

---

① 金星明:《儿童青少年发育研究的进展》,载《中国实用儿科杂志》2005年第8期,第502页。

② 对家庭在未成年人犯罪与偏差中的作用,《利雅得准则》提出九条原则:"一是每个社会均应将家庭及其所有成员的需要和福利置于高度优先地位。二是由于家庭是促使儿童初步社会化的中心环节,政府和社会应竭力维护家庭、包括大家庭的完整,社会有责任帮助家庭提供照料和保护,确保儿童的身心福祉。应提供适当安排,包括托儿服务。三是各国政府应制定政策以利儿童在稳定和安定的家庭环境中成长。凡在解决不稳定状况或冲突状况中需要帮助的家庭,均应获得必要的服务。四是如缺乏稳定和安定的家庭环境,而社区在这方面向父母提供帮助的努力又归于失败,同时不能依靠大家庭其他成员发挥这种作用的情况下,则应考虑采取其他的安置办法,包括寄养和收养。这种安置应尽最大可能仿造成一种稳定和安定的家庭环境,与此同时还应为孩子建立永久感,以避免引起由于连续转移寄养而连带产生的问题。五是对受到经济、社会和文化上迅速而不平衡变化影响的家庭的儿童,尤其是土著、移民和难民家庭的儿童,应给予特别的关注。由于这类变化可能破坏家庭的社会能力,而往往由于角色和文化冲突的结果,无法按照传统方式抚养培育孩子时,则必须采用创新性的、有利于社会的方式来保证儿童的社会化过程。六是应采取措施和制定方案,为家庭提供机会,学习在孩子发展和照顾方面父母的角色和义务,同时促进亲子之间的关系,使父母能敏锐地发现孩子的种种问题,并鼓励参与家庭和社区范围的活动。七是各国政府应采取措施,促进家庭的和睦团结,并劝阻使孩子与父母分开的做法,除非出现特殊情况,影响到孩子的幸福和前途,而没有别的可行办法。八是强调家庭和大家庭的社会化功能十分重要;认识到青少年在社会上的未来作用、责任、参加与合作精神也同样十分重要。九是为确保儿童适当社会化的权利,各国政府及其他机构应依靠现有的社会和法律机构,但当传统的制度和习俗不起作用时,还应提供和允许创新措施。"

人有上述不良行为或者严重不良行为的，由公安机关对未成年人的父母或者其他监护人予以训诫，责令其严加管教”。[①]《未成年人保护法》第11条规定，“父母或者其他监护人应当关注未成年人的生理、心理状况和行为习惯，以健康的思想、良好的品行和适当的方法教育和影响未成年人，引导未成年人进行有益身心健康的活动，预防和制止未成年人吸烟、酗酒、流浪、沉迷网络及赌博、吸毒、卖淫等行为”。我国台湾地区《儿童及少年福利法》第3条规定，“父母或监护人对儿童及少年应负保护、教育之责任”。

针对预防未成年人犯罪与偏差的家庭保护因素，我国台湾犯罪学者郑瑞隆提出五项建议，即全面实施家庭教育、两性教育、亲子教育与婚姻咨询，广泛建立公私立家庭冲突的调解与处理机制，使用专业的家族治疗模式来改善“家庭互动语功能”；加强对中低社会经济水准的民众提供职业教育、就业教育、生活津贴与生涯辅导，确立正确的职业伦理观念与劳动价值；鼓励与奖励父母亲自养育孩子，减少“个贷教养的弊病”；针对许多父母废弛亲子责任，建议对其严惩；倡导父母身正，为青少年树立良好模仿榜样。[②]

（五）学校方面的危险因素与未成年人犯罪与偏差预防的关系

1. 学校预防的危险因素

学校教育，特别是针对未成年人的中小学教育，除了进行文化知识与思想道德方面的教育外，是否已将未成年人身心健康与发育的重要性放在重要议事日程之上？在教学相长的互动中，教师是否对传统灌输式、强迫式教学理念与方式有所改进？学校在正常文化教学活动外，是否设有专门机构、人员及图书、仪器对未成年学生随时存在的心理障碍及时疏导？学校与家长在未成年人教育与成长过程中职责分配究竟如何？这些看似简单、实则相当棘手的问题将不可避免地大量出现，成为各类中小学管理人员及教师亟待解决的难题。

---

① 目前，我国上海、云南等地在办理未成年人刑事犯罪案件中，探索未成年人法定代理人无法或不宜到场时通知负有未成年人保护责任的单位或个人（即所谓“合适成年人”）帮助行使有关诉讼权利。这是仿效英国少年司法的本土化尝试，其适用性有待进一步观察。

② 郑瑞隆：《青少年暴力犯罪之成因：家庭因素》，载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》，台北：五南图书出版公司2002年版，第113—114页。

据中国青少年研究中心进行的一项调查显示，相当多的未成年人因考试或学业压力而心情不好（76.2%）、郁闷（55.4%）和烦躁（54.2%），部分未成年人因此睡不着（38.2%）、不想学习（25.1%）、自卑（24.5%），还有少数未成年人甚至对生活绝望（9.1%）。①

【案例三十二】

2007年4月25日，因在英语口语考试中讲话而被老师罚抄单词，十四岁初一男生何炜颖投河自杀，留下一封不到200字遗书。就其自杀原因，校方与何父各执一端，但何某因受罚而寻短见已是无可挽回的事实。该案在案发地——广东省增城如投石入河，激起千层波澜。本案特殊之处不在于案情本身，而在于何某自杀动机。与我们所预想截然不同的是，何某父母、老师及同学都不约而同认为其"成绩优异"、"性格开朗"、"很乐观"，这与少年自杀者动辄"差生"、"自闭症"等传统现象相差甚远。②

韩愈（768—824）在《师说》说"师者，所以传道授业解惑也"。③ 在中国传统意识中，教师在人生启迪、知识启蒙等方面扮演着重要作用，"落红不是无情物，化作春泥更护花"④。然而现实生活中过于强调升学率，在很大程度上扭曲了师生间的正常关系。这种体制之下，教师为完成既定工作目标疲于奔命。"罗森塔尔效应"（Rosenthal Effect）⑤说明学业成绩不仅取决

---

① 王庆环：《"童年恐慌"愈演愈烈 小学生自杀帮父母省10万》，载《光明日报》2009年1月7日。

② 陈永进、江文玉：《增城：因受老师批评初一男生留遗书"很辛苦"跳河自尽》，载《南方都市报》2007年4月29日。

③ （唐）韩愈：《师说》。

④ （清）龚自珍：《己亥杂诗》。

⑤ 1966年，美国心理学家罗伯特·罗森塔尔（Robert Rosenthal）在一所小学进行"未来发展趋势测验"，并据此提交了一份"最有发展前途者"的学生名单给校长，煞有介事地叮嘱务必保密。事隔数月，罗森塔尔又来到该校，发现这些上榜学生学业成绩及各方面表现均佳。实际上，这份名单上的学生是随机选出的，即随意从每班抽3名学生共18人。罗森塔尔效应就是期望心理中的共鸣现象。

于学生自身能力,还与教师期待密切关联。近年来,因不堪老师课堂内外有意或无意的羞辱而走上自杀不归路的案件时有发生。

学校系介于家庭与社会之间的重要社会媒介,由学生、教师和管理人员等人的因素及场地、设施及课程规划等物的因素构成。师生关系不佳、学校成绩表现(school grades)、学校适应(school adjustment)、学习成就(achievement)等都可能影响未成年人在校表现,继而影响其行为模式。"英格兰与威尔士少年司法委员会",将学校方面的危险因素总结为:小学学业不佳(low achievement beginning in primary school)、攻击性行为(aggressive behavior)、缺乏承诺(lack of commitment)与学校解体(school disorganization)。① 在合肥城区儿童少年行为问题现状分析中,涉及学校的主要危险因素包括不喜欢上学、与同学关系不融洽、与成人相处有问题、孩子完成作业有困难等。②

许多教师倾向于用二分法对"优等生"与"差生"实行差别性待遇,例如对后者叱责"从来没有见过像你这么笨的学生"、"你怎么不开窍"、"这么笨"等"冷暴力"讥讽。这不但会强化其自我认知,使好学生愈好,差学生愈差;且未成年人自尊心日强,这种标签化处理显然不合时宜。而这似乎在日常生活中司空见惯,见怪不怪了。国内外的实证研究表明,对这些后进学生若不加正面干预,可能将其推向犯罪与偏差之路。据澳大利亚新南威尔士州少年司法部的调查发现,82%的少年犯在进入少年司法系统前与学校脱钩。③ 据台湾学者李文阳研究,高达50%—70%成绩低落学生曾在校园出现各类偏差行为,而有暴力性偏差行为的学生比例则高达33%。④

2. 学校预防的保护因素

除了学业和职业培训活动外,《利雅得准则》还告诫应特别注意基本价

---

① Youth Justice Board. (2005). Risk and Protective Factors. London, UK: Youth Justice Board for England and Wales. p. 3.

② 高茗、陶芳标、张金霞、王敏、江涛、吴汉荣:《少年儿童行为问题与家庭、学校因素关系》,载《中国公共卫生》2005年第9期。

③ [澳]瓦尔达·鲁斯思:《澳大利亚新南威尔士州少年司法部在少年司法系统中的角色》,载《青少年犯罪问题》2009年第4期,第56页。

④ 转引自(台)吴艺芝:《青少年暴力犯罪之成因:学校经验》,载(台)蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第124页。

值观念的教育，培养对传统文化特性和模式、社会价值观念，对其他文明、对人权和基本自由的尊重。① 我国《预防未成年人犯罪法》第7条规定，“教育行政部门、学校应当将预防犯罪的教育作为法制教育的内容纳入学校教育教学计划，结合常见多发的未成年人犯罪，对不同年龄的未成年人进行有针对性的预防犯罪教育”。而就预防犯罪教育的目的，《预防未成年人犯罪法》第5条指出，“增强未成年人的法制观念，使未成年人懂得违法和犯罪行为对个人、家庭、社会造成的危害，违法和犯罪行为应当承担的法律责任，树立遵纪守法和防范违法犯罪的意识”。

《未成年人保护法》第15条规定，“学校、幼儿园的教职员应当尊重未成年人的人格尊严，不得对未成年学生和儿童实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为”。第63条又规定，“学校、幼儿园、托儿所侵害未成年人合法权益的，由教育行政部门或者其他有关部门责令改正；情节严重

① 在学校教育方面，《利雅得准则》提出下述基本原则：“一是各国政府有义务使所有青少年都能享受公共教育。二是教育系统除其学术和职业培训活动外，还应特别注意以下方面：进行基本价值观念的教育，培养对孩子自身的文化特性和模式、对孩子所居住国家的社会价值观念，对与孩子自身不同的文明、对人权和基本自由的尊重；促使青少年的个性、才能、身心方面的能力得到最充分的发展；青少年应作为教育过程的积极而有效的参加者，而不仅是作为教育的对象；举办一些活动，培养学生对学校和社区的认同感和从属感；鼓励青少年理解和尊重各种不同的观点和意见及文化上和其他的差异；提供职业培训、就业机会及职业发展方面的信息和指导；对青少年提供正面的情绪支助并避免精神方面的不适待遇；避免粗暴的处分方式，特别是体罚。三是教育系统应设法与家长、社区组织和关注青少年活动的机构共同合作。四是应让青少年及其家庭认识法律，知道他们的法定权利和责任及普遍的价值体系，包括联合国的各项文书。五是教育系统应对面临社会风险的青少年给予特别的关怀和注意。应编制专门的预防方案、教材、课程、方法和工具，并予以充分利用。六是应特别重视制订防止青少年酗酒吸毒及滥用其他药物的全面政策和战略。教师和其他专业人员应充分准备并得到培训来防止和对付这些问题。应向全体学生提供关于包括酒精在内的药物使用和滥用情况资料。七是各学校应成为向青少年提供医疗、辅导及其他服务的中心和介绍中心，特别是应向那些受到虐待、忽视以及受到伤害和剥削利用而有特殊需要的青少年提供上述服务。八是应通过各种教育方案使教师及其他成年人以及全体学生能敏锐地注意到青少年的问题、需要和见解，尤其是贫困阶层、处境不利阶层、少数族裔或其他少数人及低收入阶层的青少年。九是学校系统应致力于要求在课程、教学方法以及聘请和培训合格教师方面，达到并推动最高的专业水平和教育水平。应确保由合适的专业组织和政府对成绩进行定期监测并作出评估。十是学校系统应与社区团体合作，规划、制定和实施青少年感兴趣的课外活动。十一是对难以办到遵守出勤规定的学生和对中途退学者，应给予特别的帮助。最后，各学校应推动定出公平合理的政策和规定；在制订学校政策包括纪律政策以及决策的委员会上应有学生代表参与出席。”

的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”，“学校、幼儿园、托儿所教职员工对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格行为的，由其所在单位或者上级机关责令改正；情节严重的，依法给予处分”。《义务教育法》第16条明确规定，“禁止侮辱、殴打教师，禁止体罚学生”。针对检察院不起诉、法院免于刑事处罚或者宣告缓刑，以及被解除收容教养或者服刑期满释放的未成年人，《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》要求学校不得对其复学、升学有所限制。《预防未成年人犯罪法》第23条规定，“学校对有不良行为的未成年人应当加强教育、管理，不得歧视”。第25条又规定，“对于教唆、胁迫、引诱未成年人实施不良行为或者品行不良，影响恶劣，不适宜在学校工作的教职员工，教育行政部门、学校应当予以解聘或者辞退；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。《预防未成年人犯罪法》第10条规定，“学校在对学生进行预防犯罪教育时，应当将教育计划告知未成年人的父母或者其他监护人，未成年人的父母或者其他监护人应当结合学校的计划，针对具体情况进行教育”。

教师若发现学生有不法行为苗头，应给予适当关怀或勉励，将犯罪危险性消弭于无形。在我国台湾地区，教师若以体罚或其他方式处罚学生，以致伤害其身体、健康、生命或财产者，有可能构成伤害罪、过失伤害罪、过失致人死亡罪、杀人罪、毁损罪等犯罪。

（六）综合治理与未成年人犯罪与偏差预防的关系

《北京规则》第1.3条要求各会员国“应充分注意采取积极措施，这些措施涉及充分调动所有可能的资源，包括家庭、志愿人员及其他社区团体及学校和其他社区机构，以便促进少年的幸福，减少根据法律进行干预的必要，并在他们触犯法律时对他们加以有效、公平及合乎人道的处理”。《利雅得准则》第2条规定，“要成功地预防少年违法犯罪，就需要整个社会进行努力，确保青少年的均衡发展，从其幼童期起尊重和促进其性格的发展”。《北京宣言》第32条约定，“欢迎社区、当地政府、社会、文化、宗教、商界、媒体、群众组织、儿童组织、民间社会分担责任，以保证儿童的福祉。在这一范围内，支持向其他组织赋予权力，使其为儿童的最大利益发挥更大作用”。这些国际条约都约定了通过全社会共同参与的方式来应对未成年人

问题和未成年人犯罪与偏差，这也体现出浓郁的综合治理理念。

全美青少年暴力预防资源中心（National Youth Violence Prevention Resource Center）提出应构建全面预防未成年人犯罪之“生态框架”（ecological framework）。这种生态框架认为，每个人都处于由个人、家庭、社区与环境所组成的复杂网络之中，而该网络可影响其能力以避免风险。生态框架是基于公众健康的角度来减少风险和预防疾病与伤害，考虑个人与周边关系，而不是仅仅重视个别人的风险。

1979年6月10日，中共中央转发《关于提请全党重视解决青少年违法犯罪问题的报告》，确立了以综合治理的手段解决青少年违法犯罪问题的基本方针。对未成年人犯罪实行“综合治理”被正式列入国家的根本方针则出现于《预防未成年人犯罪法》。该法第3条规定，“预防未成年人犯罪，在各级人民政府组织领导下，实行综合治理”。要求政府有关部门、司法机关、人民团体、有关社会团体、学校、家庭、城市居民委员会、农村村民委员会等各方面共同参与，各负其责，做好预防未成年人犯罪工作，为未成年人身心健康发展创造良好的社会环境。应该说，这样的提法即便在国际社会也是不多见的，反映出国家在未成年人保护与犯罪预防方面的高瞻远瞩。当然，这一宏观上的政策方针还有待于进一步微观化，以便于具体操作。

第三节 国家亲权与“儿童最佳利益”原则

> 父兮生我，母兮鞠我，抚我，畜我，长我，育我，顾我，复我。①
>
> ——《诗经》

> 长者须是指导者协商者，却不该是命令者。不但不该责幼者供奉自己；而且还须用全副精神，专为他们自己，养成他们有耐劳作的体力，纯洁高尚的道德，广博自由能容纳新潮流的精神，也就是能在

① 《诗经·蓼莪》。

世界新潮流中游泳，不被淹没的力量。[1]

——鲁迅(1881—1936)

一、未成年人保护的法理缘由

(一)保护者理论与人格权理论

论及少年权利保护，必须研究影响它的两个基本权利理论：保护者理论(protectionist theory)与人格权理论(personhood theory)。这两种理论都来源于古罗马法，在各国未成年人保护法律中都有所反映，其中前者赋予少年获得家长保护的权利，而后者赋予少年有成为独立个体的权利。

古代普通法体系下，少年不能合法地缔结婚姻、订立合同、立遗嘱或保留其收入。不过根据保护者理论，父母或监护人可被委托去掌管少年的收入，直到少年已经足够成熟到能管理自己的财政为止。在离婚诉讼中为促进少年最佳利益的实现，法院就少年的监护和抚养事宜作出决议，这显然也体现了保护原则。父母对其未成年子女的教育、抚养方式直接影响后者的成长，因而亲权至关重要。

关于人格及人格权的讨论从罗马法时期便没有止息过。在古罗马法的人法制度下，以“人格的身份化”为其基础，将“人”分为“霍谟”(homo)与“波尔索纳”(persona)，前者系指生物学意义上的人，而后者则系指享有权利并承担义务的人。显然这种划分下，并非所有的“霍谟”都能成为“波尔索纳”。换言之，仍有相当数量的生物人并不能享有法律人格，成为法律意义上的权利与义务主体。继而，法律人格又被进一步细化为婚姻资格(connubium)和交易资格(commercium)。[2] 而后者则是明显针对于家庭权利和财产权利的取得而言的。显然，未成年人于其中也当属无独立法律人格者。受古典自然法学思想影响，《法国民法典》第8条规定，“所有法国人均享有民事权利”。这实际上宣告了即便是身无分文的未成年人从此也可成为具

---

① 鲁迅：《我们现在怎样做父亲》，载《新青年》1919年第六号。

② 马俊驹、张翔：《论民法个人人格构造中的伦理与技术》，载《法律科学》2005年第2期，第27页。

有独立法律人格的个体。

罗马法上的人格包括自由权、市民权与家族权这三种身份权。其中自由权乃是自由实行自己意志的权利,其取得无外乎生来自由人或解放自由人;而所谓市民权则是罗马公民所享有的公权和私权上的特权。至于家族权,则是指家族内部不同成员因家族纽带而享有不同的权利。[①] 父母、子女在家庭中各司其职,因而在权利义务的分配上也是有所不同的:被称为"自权人"的父亲可代表全家行使所有权力,而其妻女则为"他权人"。

少年缺乏充分理性思考的能力,因此只享有作为独立个人的"将来之利益"(future interest)及由此所获得的权利,因此家长式的监护在这时是合适的。一旦该少年具备了理性思考的能力,家长式管理与人格的保护就变得格格不入而需要矫正了。[②] 一些学者认为少年一般拥有与成年人一样的作出理性选择的能力。根据该观点,少年被当成独立自主的个人来对待,免受家长式作风的干涉。这就涉及法律给予少年的人格权(personhood)范围的问题。

依罗马法,仅有年满二十五岁的成年男子方可享有完全的行为能力,而不满七岁幼童无行为能力。介于二者之间的青少年为限制行为能力人,其中,七至十四岁的男子与七至十二岁的女子为未适婚人,可为取得行为,其他行为需监护人同意方为有效;而十四至二十五岁男子及十二至二十五岁女子都为适婚人,原则上具有行为能力,但仍需安排保佐人。[③] 我国《民法通则》将民事行为能力人分为完全行为能力人、限制行为能力人与无行为能力人。该法第 12 条规定,"十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动,不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人"。对于限制行为能力人与无行为能力人,在其无法充分、自由表达其观点时,法律又创设有法定代理人,具体到未成年人而言则为监护人或负有监护责任的有关社会组织与机构。但这并不意味着一旦

---

① 参阅林榕年主编:《外国法制史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 7—81 页。

② Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 13.

③ 参阅林榕年主编:《外国法制史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 80 页。

触法,未成年人本人可以置身其外。《民法通则》第123条规定,“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任,监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用,不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外”。

因民事行为能力与刑事行为能力间尚存有交叉重叠之处,虽然刑法不对其科处刑罚,但仍有民事法律来规制其不法行为,并根据其个人发展等背景,出台有关矫正方案,盼其改邪归正,迷途知返。换言之,未成年人自身即存在矛盾之处:一方面身心及人格发展尚未健全,亟需来自成人世界的诸多呵护;而另一方面,未成年人渴望成熟,自行作出有关决定,而社会及家庭对此亦有较多期待。我国《未成年人保护法》在保护未成年人工作三原则中提出,尊重未成年人的人格尊严、适应未成年人身心发展的特点及教育与保护相结合等基本原则。我国台湾学者施慧玲认为,少年司法立法与执法目的便是保障少年健全成长权,尤其是在少年自主权(automany)与自我发展权(self-development)逐渐构建于人权法基础上之后,以少年为主体、尊重少年自发性的成长发展权益的少年法制最终得以成型。[①] 我国《刑法》第17条规定,“因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令其家长或者其他监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养”。对未成年人的保护处分,无论采取社会福利模式还是较保守的犯罪控制模式,都无一例外需要参酌未成年人人格发展脉搏,采取个别化司法处理,从而促进未成年人犯罪与偏差的预防、矫正与控制等的协调发展。

(二)保护者理论与人格权理论的协调

保护者理论和人格权理论互相影响,催生未成年人保护理论的建立与健全。刘南英指出,未成年人保护法理“在顺着传统司法理念的发展下,展开革命性突破,使原属刑事法部分与监护部分相结合,在司法机能与福利机能相妥协调和下,产生处分个别化与社会化的‘个别化司法’,少年和共同

① 转引自林佳范:《从少年不良行为到犯罪行为的法令体系——探寻亲师的法治教育角色》,载(中国台湾)《公民训育学报》2002年第12辑,第126页。

社会所对于犯罪与刑罚的防卫,而使社会福利得以确保,真正的社会正义也就因此而得以实现"。①

有美国学者主张少年的权利不应该被认为仅仅是保护性的或个人专有的权利,而应该是这两种理论的结合。由于独立地作出决定是成长过程所必不可少的环节,少年应被允许自由地作出重要选择。然而,又由于这些选择是不够成熟的,为了使少年免受未经深思熟虑的选择而导致的结果侵害,对他们的一些保护是必须的。因此,持这种观点的学者主张少年实际上处于半自治的状态:他们可以学会如何作出独立的选择,但同时又受到保护而免于完全承担与成年人一样的责任及为就某些错误选择而承担起完全责任的后果。②

二、"国家亲权"理念与"儿童最佳利益"原则

(一)"国家亲权"概述

在欧美众多的未成年人保护学说里,"国家亲权"或"国家父母权"(parens patriae),或概略地说"国家作为父母"(state as parent, parent of the country, father of the people, father of the country)理论,简称"国亲",无疑是最重要的理论。"parens patriae"也常被翻译为国亲、国家监护权、政府监护权、父母代位权、祖国之父、君主父权等等,最初是指古罗马时期向其统治者在维护罗马国家安全与领土完整等方面作出了杰出贡献而表示敬意的头衔,类似于近代的"国父"。这一理念虽然后世历经冲击与质疑,但仍不失为各国少年司法最基本的指导原则,被奉为金科玉律,备受推崇并影响至今。

"国家亲权"是以"社会福利"的角度来看家庭功能不彰的问题,认为未成年人不是家长的私人财产,而是国家未来资产。③ 其核心含义在于当未

---

① 刘南英:《泛论现代少年保护之理论基础》,载(中国台湾)http://www.ocit.edu.tw/~nyliu/literature/literature018.doc,2007年2月16日,第4—5页。

② Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 14.

③ 曹光文:《"我国"亲职教育在少年福利暨司法保护推行成效的检讨与展望》,载(中国台湾)http://www.pbaroc.org.tw/html/link8-2-3.htm,2007年3月26日。

成年人的亲生父母或监护人不能保护未成年人的利益时,若出现家庭赤贫、父母失和、亲子沟通不良、隔代教养隔阂等情形时,政府有义务、有责任去保护其"财产"。依《布莱克法律词典》解释,国家亲权主要有两方面的含义:其一,作为主权行使者,国家应竭尽所能向无法照顾自身的公民提供保护;其二,作为法则,政府有责任代表公民特别是那些处于法律弱势(legal disability)的公民提起有关诉讼。就后者,《布莱克法律词典》特别强调,一般情形下国家不得为其公民代行检控,除非国家可从该案件中获得利益。[①]尽管"国家亲权"并非专为未成年人保护及少年司法所独创,但这并不妨碍其为美国少年司法最基本的指导原则。"国家亲权"理念核心含义在于当未成年人的父母或监护人不能保护未成年人的利益时,国家有义务、有责任代位保护其"未来财产"——未成年人,其精髓在于其以"保护"优于"刑罚"的立场来处理问题少年的犯罪与偏差问题。[②]

(二)亲权与国家亲权

2007年8月,各地新闻媒体特别是体育版都竞相报道八岁"海南小神鹿"为"宣传奥运"这样的噱头从海南岛以每天平均80公里的速度一直跑到北京。出于各种目的与想法,类似"小神鹿"的故事层出不穷。当然来自各方面的质疑也是不小的,其中便有对家长剥夺子女快乐成长及强迫高运动量活动的不安。在邻国印度,下述案例可视为"国家亲权"原则在现实生活中的具体体现。

---

① Garner, Bryan A. (editor). (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 1144.

② "国家亲权"具有多重意思,除了这里我们所涉及的未成年人保护与儿童福利外,它还可能与国家诉讼息息相关。例如在美国,"国家亲权"可以被用来以国家名义起诉。1976年生效的《哈特-斯科特-罗迪诺反托拉斯改进法》(*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976*)允许州检察总长代表那些因《谢尔曼反托拉斯法》(*Sherman Antitrust Act*)而使得该州居民权利损失而提起"国家亲权"之诉。继而,可以进一步保护公共基金,保障该州居民的经济福利,确保其免受不法侵袭及确认普通大众可及时获得联邦法律保护等等。不但如此,各州还可以沿用该原则来维护卫生健康、居民福利、州际水权及州的经济大政方针。而在实现此类"国家亲权"时,国家必须以公正无私的面目示人,将小团体的利益排除其外。显而易见,这种延伸意义上的"国家亲权"已经与我们所着力探讨的未成年人保护差之千里。

【案例三十三】

2007年,在众多支持者欢呼与簇拥下,五岁男孩辛格在其家长和教练策划下准备以10天时间,跑完从印度东部布马内斯瓦尔到西部加尔各答约500公里的路程。但该计划随即在当地警方奉令封锁道路情形下不得不夭折。面对可能扼杀长跑天才的指责,警方的回应简单而又耐人寻味:“国家可以不要神童,但有责任保护每一个孩子的生命健康。”①

【案例三十四】

2009年4月,九岁印度女童露比娜·阿里(Rubina Ali)因曾出演好莱坞大片《贫民窟的百万富翁》(*Slumdog Millionaire*)一时声名大噪,但其生父却对其打起来歪主意,涉嫌出价20万英镑叫卖露比娜。露比娜姐姐透露,父亲将其从家中赶出,“我爸爸说他们不需要我了,露比娜更值钱”。他们的父亲面临售卖子女的刑事指控。②

与“国家亲权”相对应的便是“亲权”,后者与前者的显著区别便在于“国家”,即是否有国家强力介入。所谓亲权,在我国民法学者陈小君看来,系指是父母基于其身份对未成年子女的人身、财产进行教养保护的权利和义务。③ 基于血缘、收养等关系的亲子联系一直被视为维系未成年人与父母及其监护人的最为重要和直接的纽带。有鉴于此,日本学者我妻荣、有泉亨主张,“父母子女关系最重要的效力,而且是与其他亲属关系有本质不同的父母子女关系的特有效力,恐怕是父母应该处于对未成年子女进行哺育、监护、教育的地位”。④ 日本民法第818条第1款规定,“未到成年的子女,

---

① 胡永球:《家长对孩子的权力到底有多大?》,载《南方周末》2007年8月23日。

② 转引自《印度童星父亲面临新指控》,载《参考消息》2009年4月23日。

③ 陈小君、易军:《亲权制度研究及其立法建构》,载《私法研究》第一卷,转引自http://www.cnlawschool.com/minshangfa/readnews.asp? newsid=321,2006年12月23日。

④ [日]我妻荣、有泉亨著,夏玉芝译:《日本民法·亲属法》,北京:工商出版社1996年版,第137页。

服从父母的亲权”。

从内容上来讲，亲权包括身上照护权与财产照护权，即对未成年子女身上的权利与对未成年子女财产的权利两项主要权利进行照护。这里权利与义务兼而有之，也就是说，父母对其子女的亲权既是不可剥夺的权利，也是应尽的法律义务。具体说来，身上照护权又可细分为居住所指定权、子女交还请求权、惩戒权、身份行为、身上事项之同意权及代理权身份行为，而财产照护权则涵盖财产行为代理权及同意权、子女财产管理权、财产使用权及财产处分权。①

鉴于家庭特别是父母对子女教养及其健康人格塑造的不可替代的重要作用，《巴厘共识》第8条指出，“儿童的保护、养育和发展其主要责任在家庭”。《儿童公约》第18条要求各缔约国，“应尽其最大努力，确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认”；第27条又规定“父母或其他负责照顾儿童的人负有首要责任，在其能力和经济条件许可范围内确保儿童发展所需的生活条件”。我国宪法第49条亦规定，“父母有抚养教育未成年子女的义务”。《未成年人保护法》更是专章“家庭保护”详细列举父母应当承担的具体义务与责任。其中第10条规定，“父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务”，这可视为亲子关系的基本原则。在其后的章节里，该法又要求“父母或者其他监护人应当关注未成年人的生理、心理状况和行为习惯，以健康的思想、良好的品行和适当的方法教育和影响未成年人，引导未成年人进行有益身心健康的活动，预防和制止未成年人吸烟、酗酒、流浪、沉迷网络及赌博、吸毒、卖淫等行为”、“父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，正确履行监护职责，抚养教育未成年人”及“父母或者其他监护人应当依据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定时告知其本人，并听取他们的意见”。所有这些条款无不具体体现了亲子原则，因而具有强大的生命力。类似地，台湾地区《儿童及少年福利法》第3条亦规定，“父母或监护人对儿童及少年应负保护、教养之责任”，这表明将

---

① 参阅陈小君、易军：《亲权制度研究及其立法建构》，载《私法研究》第一卷，转引自 http://www.cnlawschool.com/minshangfa/readnews.asp?newsid=321，2006年12月23日。

未成年人父母及监护人置于未成年人保护的首要地位。与此同时,该法还规定,"对于主管机关、目的事业主管机关或儿童及少年福利机构依本法所为之各项措施,应配合及协助",为有权机构干预提供法律依据。

在未成年人保护与关爱上,各国与地区均将发展健康、有序的亲子关系作为构建和谐家庭关系的基石,父母不仅有权利,而且有义务照料和监督其子女,而其他有关政府机构、社会团体仅作为有益补充。只有在亲子关系不彰的情形之下,后者才能强力介入,以弥补前者亏欠。杰·福博格(Jay Folberg)认为,"国家亲权"原则"令政府只在父母未能达成协议或未能充分照料子女时才有责任照顾儿童的福利"。[①] 这些情形包括父母故意剥夺子女受教育权,拒绝为其读书、上学提供力所能及的便利;强迫未成年子女辍学打工;默许子女与不良人士频繁接触等等。纵览各国少年司法体系,尽管模式各有差异,然而均遵循亲子关系第一这一基本原则。因此《北京规则》第18.2条强调,把孩子与父母隔离开来这种办法当作万不得已的措施。只有当案情事实证明确实到了需要采取这一重大步骤(例如虐待儿童)时才可采取这种措施。

因亲权本质属于民法中的亲属法内容,很多国家均从民法中专章规定亲权停止的条件。瑞士民法第311条第一款规定,"如其他保护措施无效或在此措施之初即显得很不得力,则监护监督官在下述情况下,可剥夺亲权:当父母因无经验、患病、痼疾、外出或有类似原因无力行使亲权时;或当父母不认真关心子女或严重违反对子女应尽的义务时"。德国民法则根据亲权内容的不同分别规定其事由。依德国《民法典》第1666条前二款、第1669条及第1684条规定,父母滥用子女身上照护权,忽视子女或有不名誉或不道德之行为,而危害子女之精神或身体之幸福,为剥夺子女身上照护权之原因;侵害子女受给养之权利或将来给养有受严重威胁之虞、不遵守监护法院关于财产管理上之命令,为剥夺财产管理权之原因。[②] 当然上述亲权的丧失并不一定是永久性的,待相关阻却事项消失后,未成年人父母或其他

---

① 转引自香港法律改革委员会:《香港法律改革委员会报告书子女管养权及探视权》,(中国香港)香港法律改革委员会,2005年3月,第13页。

② 参阅陈小君、易军:《亲权制度研究及其立法建构》,载《私法研究》第一卷,转引自http://www.cnlawschool.com/minshangfa/readnews.asp? newsid=322,2006年12月23日。

监护人可申请恢复亲权。很明显对于情节恶劣的家庭暴力、溺婴、遗弃等不法行为,实现国家亲权实有必要。

(三)"儿童最佳利益"的维护

由"国家亲权"延伸出去,维护"儿童最佳利益"已成为各国少年司法与未成年人保护的具体指导方针,为家庭法中有关少年、儿童议题的核心。例如2010年11月新修订之新西兰《2004年儿童抚养法》(*Care of Children Act 2004*)第3条开宗明义指出,该法颁行之目的"通过确保相应监护权及关爱之落实,推动未成年人福利及儿童最佳利益、促进未成年人(身心)发展;确认未成年人某些权利"。[①] 又如我国台湾地区《儿童及少年福利法》第5条规定,"政府及公私立机构、团体处理儿童及少年相关事务时,应以儿童及少年之最佳利益为优先考虑;有关其保护及救助,并应优先处理"。

《儿童权利公约》第3条第1款明文规定该项原则,"关于儿童的一切行为,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最佳利益为一种首要考虑"。所谓"儿童最佳利益",又称"儿童福利"(welfare of the child),是指未成年人不应为其不当行为接受惩罚,相反鉴于其年幼无知的现实,各国政府提供高效的儿童保育、矫正、教化等措施来纠偏。这其中涵盖的内容很多,但不外包括这样一些基本内容,即亲子原则、访问与探视、法定监护及未成年人支持与援助。"儿童最佳利益"取代"幼年"(tender years)法则被视为20世纪最大公共政策之一,后者则是指未成年人亦非弹性十足,任何风吹草动都会给其生活环境带来致命性损伤。"儿童最佳利益"并不局限于"可执行"的权利,它包括长期或短期的福利关照及对身心健康的考虑。

"儿童最佳利益"为较抽象的基本原则,在具体司法实务中各国又根据各自国情进行不同细化。如新西兰《2004年儿童抚养法》规定了一些法庭在作出什么对孩子最有利的决定时必须考虑的重要因素:"孩子父母和监护人应该承担抚养他们的主要责任并作出对他们的抚养、发展和教养方面的安排;对孩子的抚养、发展和教养安排要有连续性;孩子与家庭或其他更

① Care of Children Act 2004, §3.

大范围的亲属之间的联系应该得到保护与加强;父母、监护人和涉及抚养孩子的其他人之间要精诚合作;要保证孩子的安全并保护他们不会受到任何暴力的威胁;孩子的身份,包括他们的文化、语言和信仰应该得到保护与加强”。[①] 根据《Nolo 法律词典》,有关社会福利机构与少年法院在处理“儿童最佳利益”时大多都会关注这样一些问题:儿童的性别与年龄;儿童的身心健康;家长的身心健康;家长的生活方式与其他社会活动;亲子间的情感联系;家长力所能及范围内提供的食宿、衣物与医疗;与儿童有关的学校、家庭、社区与宗教机构的既定生活模式、学校教育质量及孩子喜好。[②]

因亲权所系,法律常常赋予父母对其子女享有几无限制的权力与责任。但这不意味国家就此放任自流,实际上国家仍然扮演着未成年人利益最终保障者的重要角色,其对未成年人的关注与保护更是贯彻未成年人成长始终。而一旦父母无力或不愿承担管护子女义务时,或当孩子受到虐待或照管不良时,国家应援用公共权力剥夺亲生父母、法定监护人或其他监护者的亲权,将处于亟需救助和指导的孩童置于其控制之内。例如法官判断问题少年虽尚不够刑事处分,应交由其父母严加管教,而这应设有相对独立的第三人来客观监管这一过程。《儿童权利公约》第 20 条规定,“暂时或永久脱离家庭环境的儿童,或为其最大利益不得在这种环境中继续生活的儿童,应有权得到国家的特别保护和协助”。意即除非万不得已,否则未成年人应当由其父母或其他监护人照顾与管教。然而,这并非一成不变,一旦发现其家庭存有不适应未成年人健康成长的不利因素,可由国家相关部门出面,妥善解决未成年人教养问题。如我国《未成年人保护法》第 12 条规定,“有关国家机关和社会组织应当为未成年人的父母或者其他监护人提供家庭教育指导”。

In re A. H. 是一个比较重要的案例,从中可看出美国未成年人保护特别是”儿童最佳利益”的具体原则。

---

① 参阅[新]新西兰家事法院:《〈2004 年抚养儿童法〉简介》,http://www.justice.govt.nz/family/pdf-pamphlets/Care%20of%20Children%20Act%20-%20NZ%20ChineseSimp2.pdf,2008 年 5 月 25 日。

② Nolo. (2007). Best Interests (of the Child). Retrieved May 26, 2007, from http://www.nolo.com/definition.cfm/Term/2AC7A5A3-29CC-44C8-ACCBC7DCB1F09395/alpha/B/.

【案例三十五】

1998年10月19日前后,伊利诺伊州一名为林达·H(Linda H.)的妇女致电当地"儿童与家事服务处"(Department of Children and Family Services),要求将其九岁儿子A. H.从其家中带走,否则可能会手刃其子。10月21日,依该州有关法律,少年法院颁发暂时托管令,责令应将A. H.从其母亲手中解救出来,并暂时交由"儿童与家事服务处"照顾。同时,法院指定库克郡公共监护人(public guardian)为A. H.的法定监护人(guardian ad litem)。同月,为贯彻法院精神,儿童与家事服务处为A. H.找到寄养家庭,女主人为麦吉·B(Margie B.)。而在12月30日,林达再次致电儿童与家事服务处,称A. H.诉说遭受麦吉十一岁孙子的不时殴打。林达继而报告说,儿子身上的刀伤、淤伤及左眼青肿均历历在目。儿童与家事服务处一一记录在案,并将有关报告转送至公共监护人处。

两周后的1999年1月19日,有关当事人出庭参加少年法院的裁判听证。听证以"法院家庭会议"(court family conference)形式拉开帷幕。法定监护人即席口头陈述,出于对A. H.遭遇寄养家庭虐待指控的现实考虑,要求将其紧急从麦吉家中解救出来。而儿童与家事服务处对法定监护人的这套说辞不以为然,认为此类事件在听证前三周即已出现,而且法定监护人也于两周前知悉此事,所以"紧急"一说无从谈起。因而儿童与家事服务处认为没有必要将A. H.从麦吉家领回。在听取男童生母、寄养母亲及两位来自儿童与家事服务处个案工作者的陈述后,初审法院最后判决,有相当理由(probable cause)可认定A. H.在寄养家庭中遭遇虐待与遗弃,而将A. H.从其寄养家庭中暂时予以移出具有"即刻与最迫切的必要性"(immediate and urgent necessity),这一决定的作出与A. H. "健康、安全与最佳利益"密不可分。而上诉法院则作出与之完全相反的结论,认为A. H.遭遇麦吉之孙虐待证据不足,且麦吉同意实行保护计划,故而已无必要将A. H.从寄养家庭中移送出来。①

① In re A. H., 748 N. E. 2d 183 (Ill. 2001).

不难看出,“儿童最佳利益”众口难调、因人而异,不同的人从不同角度出发可能会得出相差甚远,甚至截然相反的结论。作为“国家亲权”的直接维护者与执行人,少年法院在判定“儿童最佳利益”方面的态度最为重要。

三、西方“国家亲权”的形成过程与我国“亲亲父为首”传统

(一)西方“国家亲权”的形成过程

历史上,“国家亲权”原则宗旨乃系经英国大法官保护财产或者指导少年的设置变化而来的。12世纪时,英王便自称为“国父”,这是“国家亲权”概念在普通法系国家的最初来源。16世纪英国王座法院在处理精神失常的成年人中开始援用“国家亲权”定案,并在17、18世纪逐步延伸至未成年人,认为英王有权对所有未成年人事件拥有无可置疑的裁决权。而最早被记录的“国家亲权”出现在1610年,是年英王詹姆斯一世(King James I,1603—1625年在位)自封为“国家之父”,王室特权(royal prerogative)在其手中发挥得淋漓尽致,使其掌控全英土地与房屋馆舍。英王通过设立在全国各地的衡平法院对任何亟需特殊救助的人士提供救济,包括离婚、遗弃、丧偶等等,其中也包括对未成年人的保护。1722年,“艾瑞诉沙福兹伯里女伯爵”(Eyre v. Countess of Shaftesbury)[①]一案为“国家亲权”原则的最终确立奠定基础。

依据早期英国普通法,父母对其子女成长过程负有不可推脱的责任;一旦子女长至七岁之后,其须就有关违法行为承担相应责任。作为英王的代表,衡平法院的法官便利行事,化身为“代理父母”(in loco parentis),对此类未成年人进行处理。对于这些未成年人而言,他们在法庭上并无任何权利可享,只能接受法官的各种裁量。而“国家亲权”与“代理父母”之间亦有些微差异:前者侧重于国家为保障未成年人福利所需承担的责任;而后者则是取代那些不愿或者无力承担为人父母之责任。[②] 据国外学者考证,若未成

① Eyre v. Countess of Shaftesbury, 2 P. Wms. 103, 24 Eng. Rep. 659 (1722).

② Roberts, Albert. (2004). The Emergence of the Juvenile Court and Probation Services. In Roberts, Albert. Juvenile Justice Source Book: Past, Present, and Future. (Edited). New York, NY: Oxford University Press. p. 164.

年人父母早亡却为其留下不少遗产，这种情形之下，国家得介入托管这些财产直到少年长大成人。因财产保管，此时“国家”（state）以“国家父母”（parent of the country）身份出现，即充当该少年父母角色。①

与后世更多谈论的问题少年不同的是，这一时期进出衡平法院的未成年人几乎都是“失依少年”或“照管不良之未成年人”（dependent or neglect youth）。对国家而言，任何未成年人的父母只不过是普通社会一分子，肩负抚养未成年人的重任。一旦法官发现此类少年居住环境已不利于其健康成长，可将其从亲生父母处带走并交由有关专业机构予以善待。此时未成年人与抽象的国家之间便建立起类似父母一子女的拟制关系，国家通过法院等机构来具体实现其对未成年人的亲权。既然国家以拟制父母身份出面来全面料理未成年人的衣食起居与身心健康，自然其出发点与立足点无不以维护未成年人最佳利益为依托。以福利模式建构未成年人系统保育与教养体系便成为国家首要考虑的指标。自此“国家亲权”原则开始从主权的绝对权力而演变为国家和法院对未成年人和精神智障者的相关权利与义务。

依普通法，最初仅父亲可专享对其子女的支配权，未成年人被视为其父的个人专属动产，而母亲一直到19世纪后半期才获得这方面的权力。在早期北美殖民地，这种被称作“神圣信托”（sacred trust）的关系，被看做是关系到父母职责的根本，以维护和教育其子女。《马萨诸塞自由宪章》（*Massachusetts Body of Liberties*）中，马萨诸塞州议会（Massachusetts General Court）②指出，倘若一“顽固”的十六岁少年对父母之命漠然置之，一旦其父母作证说这样的孩子不应再留在这个世上时，少年可被缉拿归案。③ 有意思的是，有鉴于父

① Jensen, Eric. (2006). An Historical Overview of the American Juvenile Justice System. In Erc Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. p. 85.

② 在“Massachusetts General Court”一词中，“court”并不是法院或法庭的意思。“Massachusetts General Court”系“Great and General Court of the Commonwealth of Massachusetts”之缩写，意为麻省议会。该议会最初被称作“Great and General Court”，也负责若干上诉审。后由美国联邦宪法指定者之一约翰·亚当斯（John Adams，1735—1826）将其术语缩略成我们今天看到的形式。如同美国国会和其他各州，麻省议会实行两院制，包括州参议院与众议院。

③ Clement, Mary. (2002). The Juvenile Justice System: Law and System (2nd edition). Woburn, MA: Butterworth-Heinemann. p. 7.

亲传统角色的强硬和凶悍以及不近人情这些似乎固定化认识，许多州认为母亲更适合抚养未成年人。

循此理念，对于法院而言，其首要和最为重要的责任便是竭尽全力来维护每位未成年人的利益，各发达国家皆然。“国家亲权”与监护权息息相关。以婚姻为例，在任何情况下，未成年人的同意与否均不影响婚姻的成立。但为了保障其权利，法官们经常粉墨登场，就夫妻间因子女教养等问题而提供建议，并监督有关协议是否得以切实执行。如前所述，早期英国的衡平法院已经依据该理论去暂时监管那些最终要归还殷富孤儿的土地和财产。在19世纪中期，美国一些法院也把“国家亲权”说作为将不受管束的问题少年送进庇护所的正当理由依据。美国少年法院倡导者进行了一些独创性的解释，提出“国家亲权”应允许政府监管任何贫困的、被遗弃的或犯罪与偏差的问题少年。

国家是未成年人及精神障碍者的最高监护人，它强调国家和政府应对未成年人及无民事行为能力人承担起保护与教育的职责。“国家亲权”对于扩张未成年人权利起到了不可忽视的作用。①

【案例三十六】

1838年宾夕法尼亚州“克劳斯案”(Ex parte Crouse)极大改变了当时父母、矫正机构与未成年人三者间的关系。因叛逆不逊，时年十六岁的玛丽·安·克鲁斯(Mary Ann Crouse)被法院判定移送费城庇护所(Philadelphia House of Refuge)改过自新。其父母在是否将玛丽送交法院审理上严重分歧：母亲认为玛丽行为不够检点、桀骜不驯，而需送交庇护所矫治；但父亲则持相反意见。庭审中，玛丽并未获得陪审团审理，而是由法官一手操办，而且是缺席审判。法院认为庇护所不同于看守所，只要玛丽老老实实待在那里就可洗心革面，重新做人。其父对法院判决不服，认为父母对其子女管教乃天经地义，任何人均应予以充分尊重，期许将玛丽解救

① Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. NJ: Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 340.

回家。继而主张非经陪审团审理便作出判决即为非法，遂提起人身保护之诉。而该州最高法院并不认可这一说法，认为“庇护所并非监所，而是感化所”(it is not a prison, but a school)；透过庇护所严加约束，玛丽自会脱胎换骨，行为举止将焕然一新。该院继而认定州有权采取适当形式以保护未成年人免受自身与周边不利环境之害。法院最后认定，在一定条件下将少年羁押在庇护所，即便没有通过陪审团审理也并不违宪。尽管该案例效力仅限于宾夕法尼亚州，其他州纷纷也予以仿效。[1]

1899年美国伊利诺伊州设立的针对少年的专门法院，建立在以下设想的基础之上：少年与成年人是不同的，具有可塑性，也是能改过自新的，且国家的仁爱可以通过法官在“国家亲权”理念指导下的行为来实现，从而确保对有偏差行为的少年进行个别化的处分。把少年从他们所处的存有各种问题的家庭和社区迁移出来，是一种克服消极影响并引导少年为社会多作贡献的有益尝试。除了其矫治目的外，这种独立的体制也在那些非正式的、不具法律性质的公共场所中得到体现。实行“家长主义”(paternalism)而不采正当程序(due process)，保护未成年人最佳利益而非惩罚犯罪行为等。

(二)我国“亲亲父为首”的传统

粗略看起来似乎“国家亲权”作为舶来品与我国现行的重刑思想尽管不能说是完全格格不入，但仍相差甚远。尤其是当前未成年人犯罪不断呈高发态势，这种错误理念在实务界乃至学术界均不乏一定市场，在很大程度上延搁了我国少年司法体系的构建与发展。实际上，所谓“国家亲权”也正是历来统治者所竭力倡导并试图身体力行的。几千年来，与宗法制紧密联系的家长制一直作为中国传统社会的基本分子，在维护礼法、治安、民风等诸多方面发挥着无可替代的作用。孟子曰：“人有恒言，皆曰，‘天下国家’。天下之本在国，国之本在家，家之本在身”。[2] 说的无外乎修身、齐家、治国、

① Ex Parte Crouse, 4 Whart. 9 (Pa. 1839).

② 《孟子·离娄上》。

平天下这些我们早已耳熟能详的道理。当然这在相当程度上也扼杀了创造性,对后世有一定负面影响。

无论是源自西方社会的"国家亲权",还是源自古代中国的"五伦"关系,最初都是将父权视为家庭中的最高权,并辅以各种措施予以严格保障。《说文解字》这样解释"父"字,"父,矩也,家长率教者,从又举杖"。[①] 从字义上来看,父亲作为一家之长,可为全家订立规矩。父亲手持棍棒,体现其在家中不可动摇的地位与权威。"亲亲父为首,尊尊君为先",在君王看来,只有在家忠孝父母,才可能对君主尊敬有加,并无二心。封建礼法讲求臣子应当向君主尽忠,而君主应当善待其臣子;子女应当向父母尽孝,而父母也应当爱护其子女。就是要做到君君臣臣、父父子子,长幼有序。对天下这个抽象概念而言,其父便是高高在上的君主,而在其掌控的相对较小的范围内,公侯伯爵及大大小小的官吏俨然以属地的父母官自居;而在这金字塔形统治模式最底层的家,父母对子女具有控制权,视其为私人财产的一部分,在其违背宗亲礼法时有生杀予夺的权力,自然子女也没有独立的人格权可言。我们知道,任何权利总是与一定义务相对应的,不存在无义务的权利。家长权也不例外,"家长在法律上虽然拥有种种权力,相对地,法律也同样课家长的责任,使其承担义务"。[②] 先秦法家韩非子曰:"臣事君,子事父,妻事夫,三者顺则天下治,三者逆则天下乱,此天下之常道也",[③]更是将君臣、父子、夫妻间的等级与服从关系视同维系封建统治之根本所在。

三国孙权说,"国以民为本,民以食为天,衣其次之,三者,孤存之于心"。[④] 作为封建国家象征的皇帝、君主无时不以天命降其大任自居,体恤爱民,视百姓为其子民。武周时期名臣陈子昂在向武则天上书中认为君主可依其治国方略不同而分为三类,"王者化之,用仁义也;霸者威之,盛权智也;强国胁之,务刑罚也"。[⑤] 在陈子昂看来,最理想的国度中,君主仁义爱

① (东汉)许慎:《说文解字》。
② 李甲孚:《中国法制史》,台北:联经出版社 1988 年版,第 337 页。
③ 《韩非子·忠孝》。
④ (西晋)陈寿:《三国志·吴书·陆凯传》。
⑤ (唐)陈子昂:《谏用刑书》,见《陈伯玉文集》,转引自《历代上皇帝书》,北京:中国政法大学出版社 1996 年版,第 336 页。

民，讲求教化，百姓咸服，而这也是历代君主与文臣武将孜孜以求的理想境界；而援用酷刑严罚则为人所不齿，认为是最为低下的统治方式。

先秦的民本思想、儒家的仁德忠孝思想及墨家的兼爱思想是中国古代慈幼恤孤制度发展演变的思想基础。[①] 唐代大诗人白居易曾作《七德舞》一首，以缅怀唐高祖与唐太宗兵戈铁甲、定国安邦的伟绩。所谓“七德”出自《左传》，即禁暴、戢兵、保大、定功、安民、和众及丰财七件要事。[②] 全诗回顾唐朝开国之艰辛，以古喻今，提醒统治者莫忘尚武与仁德兼济的统治策略。其中“亡卒遗骸散帛收，饥人卖子分金赎”[③]更是一语道出白氏心目中仁德君主的仁心典范。尤其是后一句“饥人卖子分金赎”，是说连年兵战与灾荒，贞观二年出现大饥荒。百姓流离失所不算，更为惨绝人寰的是将子女出卖换取粮食充饥。此情形之下，唐太宗(627—649)体恤民间疾苦，下令尽出御府金帛，赎回被卖子女，交还其父母，以还天伦之乐。当然，诗中不乏为封建帝王歌功颂德的成分，但所表现出来的坚定仁爱也隐约带有西方“国家亲权”的痕迹。

明清时代父母对不服从其管教之子女拥有送惩权，“父母控子，即照所控办理，不必审讯”，[④]子女并无申辩权。此外，清代父母还有呈送发遣权，要求官府将不孝子发配两广或云贵。[⑤]

三、“国家亲权”面临的挑战

(一)“国家亲权”对儿童福利的影响

“国家亲权”概念本身即寓意其在对未成年人处分上以矫正取代刑罚，它与少年法院的管辖权及保护和矫正少年的理念是一致的。尽管早期少年司法对触法的问题少年与被害少年并未作明确区分，受“国家亲权”影响其

---

① 谭友坤、卢清：《施善与教化：中国古代慈幼恤孤史述》，载《学前教育研究》2006年第12期，第51页。

② 《左传·宣公十二年》。

③ (唐)白居易：《七德舞》。

④ 《大清律·刑律·斗殴》。

⑤ 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社2005年版，第125页。

时少年法院仍将二者管辖权收入囊中。少年法院管辖的触角几乎无处不在,任何一位少年都可能成为它的管辖对象。

一般而言,少年司法制度中的"国家亲权"思想,意义在于以国家取代双亲从事教养未成年人的工作。亦即国家该以"儿童最佳利益"为名,强制地介入、干涉未成年人的成长过程,以矫正其生活上的或人格上的缺失。换言之,成年人认为未成年人尚未"成熟",其能力不足以承担社会中的责任,进而享受成年人的权利,所以国家必须透过家庭与教育机关的控制,间接地干预未成年人的成长,并且就家庭与教育机关能力不全的案例予以直接干预。此一观念发源于英国,认为少年不是家长私人的财产,而是国家将来的资产。主张作为少年的最终照顾者,政府应积极主动介入少年的照顾与教育事务,以充分保护其权利,促进其健全发展。这就意味着当少年的亲生父母或监护人不能保护"儿童最佳利益"时,政府有义务有责任去保护其"财产",而对有关少年承担起保护与教育的职责。历史上当少年的父母或监护人不能为其提供适当的福利时,英国衡平法院就宣布该少年为受英王室监护的少年。"国家亲权"理论的精髓在于以"保护优于刑罚"的立场,通过调整未成年人成长环境,矫正其性格来处理少年的犯罪行为。

除了在包括有少年在内的当事人双方的诉讼争议外,法院很早就自己承担起在特定情况下未成年人保护的职责。"国家亲权"理论,已被应用来支持旨在保护少年的政府机构中。它为政府合法干预少年提供了理论依据。[①] 当负有给予未成年人保护权利义务的一方当事人被控没有足够适当地提供这些权利时,国家需要及时进行干预,有时帮助父母或监护人照顾少年,有时则对这些不能为少年提供必要保护的行为进行处罚。

(二)"国家亲权"面临的挑战

"国家亲权"的建立与发展并不是一帆风顺的,而是历经反复与妥协。少年法院的发展并非没有受到过批评。不断有新的理念和新的法律基本原则来指导收容和控制少年以实现其最佳利益,这些原则导致了国家干涉少

① Barry Feld. (1999), Readings in Juvenile Justice Administration, Oxford University Press, p.6.

年权力的增强。自20世纪60年代以来,未成年人通过一系列具有全国性影响的案例,获得较多宪法性权利保障。通常这些权利仅未成年人在刑事(成人)法院受审时才得以享有,故而许多人将此称之为少年法院的"刑事化"(criminalization)。虽然现在这种情况已经大大减缓,但其影响仍然侵蚀着现存少年司法体制的基石和原则。但物极必反,这也削弱了"国家亲权"诸多应有之义,因此是否合乎时宜仍有待时间的考验。

美国联邦最高法院在一系列案例中的判决则表明司法部门在援用"国家亲权"原则具体阐述少年司法政策与程序上的灵活性。法官并非顽固不化,而是依据变化了的社会现实,在处理问题少年上围绕"国家亲权"这个基本理念前后摇摆。[①] 直到20世纪90年代,"国家亲权"仍是指导少年司法,特别是少年法院运作的最坚实基础。但是不可避免的,这一经典理论也不时受到各种冲击。对少年安置的坚守正是对"国家亲权"原则对少年法院的重要体现。

近年来,受保守主义影响,作为少年司法与少年福利理论根基的"国家亲权"理念在各国受到较大冲击。造成这种境况的原因,嘉纳将其总结为四个方面,即受联邦最高法院影响下的裁判程序(adjudication)的有罪化(criminalization)倾向、主张既存少年司法体系未能达到对问题少年矫正目的、严重的未成年人犯罪正不断威胁社会治安及新的社会科学数据并不表明未成年人与成年人有显著差别。[②]

第四节　恢复性司法与少年司法

天地人和,礼之用,和为贵,王之道,斯之美。[③]

——《论语》

① National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Delinquency Guidelines: Improving Court Practice in Juvenile Delinquency Cases. Reno, NV: National Council of Juvenile and Family Court Judges. p. 12.

② Gardner, Martin. (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 325.

③ 《论语·学而》。

一、恢复性司法概述

（一）恢复性司法的概念及内容

1. 恢复性司法的概念及特征

最早使用“restorative justice”一词的是美国心理学家艾伯特·艾葛拉西（Albert Eglash），他在1958年的几篇文章中反复使用。[①] 恢复性司法（restorative justice）又可译为恢复式司法或修复性司法[②]，在我国港澳台地区也被称为复合性司法、复合性公义或复合性正义，强调修复因偏差与犯罪所造成的损害，犯罪人因其不法行为应承担相应责任，通过赔偿等实际手段来实现平衡社区、被害人与犯罪人之间的和谐关系。在美国恢复性司法学家丹尼尔·凡奈思（Daniel Van Ness）与凯伦·斯创（Karen Strong）看来，所谓恢复性司法系指强调修复因犯罪行为所导致或揭露之伤害的司法理论。[③]

之所以积极倡导恢复性司法，原因不外乎下述几点：持刑罚废除论的人主张以“伤害”（harm）与“补偿”（redress）取代传统刑罚理念；刑事司法体系不能坐视被害人之所需与其忍受之苦难。[④] 联合国经济及社会理事会2002年通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》，强调“恢复性司法是对犯罪的一种不断发展变化的对策，它通过使受害人、罪犯和社区复原而尊重每个人的尊严与平等，建立理解并促进社会和谐”。

---

① Van Ness, Daniel W.. (2006). Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company. p.22.

② 国内有学者认为，犯罪或过错一旦铸就，即便予以惩戒、救助或补偿，断无可能将已损害之社会关系、身体与精神损伤及财物损失恢复如新，故而主张以译为“修复性司法”为益。考察“restorative justice”之“restorative”一词，本义系指促进复原（recuperation）或赋予生命及活力，已包含“修复”之意。与“修复性司法”相比，译为“恢复性”司法更能体现对被害人与加害人、被害人与社区、加害人与社区之间的良性互动，并表明司法价值取向的更高追求。

③ Van Ness, Daniel W.. (2006). Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company. p.43.

④ Hudson, Barbara A. (2003). Understanding Justice: An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory (2nd edition). Philadelphia, PA: Open University Press. pp.75-76.

2. 恢复性司法的内容

长久以来，人们在理解恢复性司法上存在偏执，而这反过来也影响着恢复性司法的推广。在美国恢复性司法权威霍华德·泽尔（Howard Zehr, 1944— ）看来，正确的认识应包含下列内容：恢复性司法并不必然是"宽恕"（forgiveness）或"和解"（reconciliation）；恢复性司法并非"调解"（mediation）；恢复性司法并非主要被设计用来减少累犯（recidivism）或重犯（repeating offenses）；恢复性司法并非特定项目（program）或蓝图（blueprint）；恢复性司法并非主要针对相对轻微之罪行或初犯；恢复性司法既非新鲜事物，亦非北美所独有；恢复性司法既非包治百病之灵丹妙药（panacea），亦非现行法律制度之必然替代；恢复性司法并不必然为监禁刑之替代；恢复性司法并不必然是报应刑（retribution）之对立面。①

泽尔继而主张，恢复性司法的三核心概念在于损害及需要（harms and needs）、责任（obligation）与诺言（engagement）。他进一步解释道，犯罪首先会对人们及社区带来损害，认识到这一点，理解被害人之需要及角色便可迎刃而解。其次，损害导致责任，恢复性司法强调犯罪人的义务（accountability）及责任（responsibility）。泽尔强调，损害产生后的首要责任在于犯罪人，但社区与社会亦不能置身其外，仍担当部分责任。再次，恢复性司法促进诺言或参与（participation）。② 在恢复性司法之下，被害人得以有机会表达其感受与看法、所受伤害以及期许。国外许多研究都表明，通过积极参与到这一过程，被害人往往对司法体系与运作满意度较高，且更容易从犯罪人处获得补偿。不但如此，恢复性司法还可以减轻被害人心灵伤痛以及对犯罪人的恐惧，减少或避免再次被害。③

鉴于恢复性司法是项系统的纠纷解决方案，其程序与结果对于实现恢复性司法目的意义重大。《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本

① Zehr, Howard. (2002). The Little Book of Restorative Justice. Intercourse, PA: Good Books. pp. 8 - 13.

② Zehr, Howard. (2002). The Little Book of Restorative Justice. Intercourse, PA: Good Books. pp. 22 - 25.

③ Policy Centre for Victim Issues. (2006). Fact Sheet: Restorative Justice. Retrieved December 7, 2010, from http://www.justice.gc.ca/en/ps/voc/rest_just.html.

原则》第2条主张,"'恢复性程序'系指通常在调解人帮助下,受害人和罪犯及酌情包括受犯罪影响的任何其他个人或社区成员共同积极参与解决由犯罪造成的问题的程序。恢复性程序可能包括调解、调和、会商和共同确定责任"。第3条继而强调,"'恢复性结果'系指由于恢复性程序而达成的协议。恢复性结果可能包括旨在满足当事方的个别和共同需要和履行其责任并实现受害人和罪犯重新融入社会的补偿、归还、社区服务等对策和方案"。

(二)未成年人恢复性司法的溯源与变革

恢复性司法的历史源远流长,萌发于对刑事司法的坚持与反思。在艾葛拉西看来,刑事司法不外乎基于刑罚之报应性司法(retributive justice)、基于罪犯治疗之分配司法(distributive justice)以及基于补偿之恢复性司法(restorative justice)三种类型。[①] 以报复刑为主要特征的传统司法模式中,犯罪人的犯罪行为不再仅仅被视为对特定被害人权益的侵犯,国家取代被害人向犯罪人追究其刑事责任。这种模式可以帮助处于相对弱势的被害人寻求国家救济,国家则以被害人权益保障人身份出现,几乎一切原先由被害人出面的事务都由国家代为操办了。然而这样做并不是没有问题的,首先被害人的合法权益在很大程度上被忽视了。其次,犯罪人即便被法院加以惩罚,其并不一定真心悔过;更有甚者,可能导致较强的反社会心理与情绪。

随着对传统报应刑司法的反思及对美国、加拿大、澳大利亚及新西兰等国家土著居民纠纷解决方式的借鉴,恢复性司法从20世纪中后期逐步浮出水面。20世纪60—80年代,邻里司法(neighborhood justice)、无律师司法(justice without lawyers)及非正式司法(informal justice)等恢复性司法外围理念不断衍生。从20世纪90年代初期起,恢复性司法在各国适用风头正甚,特别是与少年司法之联系日盛。[②] 这为未成年人矫正与处分提供了全新的思路与方法,成为影响刑事司法及少年司法革新进程中最为迅猛的发

---

① Van Ness, Daniel W.. (2006). Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company. p. 22.

② Cunneen, Chris and Rob White. (2007). Juvenile Justice: Youth and Crime in Australia (3rd edition). Sydney, Australia: Oxford University Press. p. 333.

展方向之一。

进入新世纪以来,各主要国家与地区少年司法体系恢复性司法的适用愈发常见。以澳大利亚为例,该国所有州及领地均以立法形式确认对未成年人适用恢复性司法。[①] 2009 年 11 月 4—7 日,第一届国际恢复性少年司法大会(World Congress on Restorative Juvenile Justice)于秘鲁利马成功举行,来自全球一千余位代表与会。会议期间,对许多理论热点争议进行了讨论,包括家长式之末路、少年司法报应模式之复归及恢复性司法于其中之角色、《儿童权利公约》与恢复性司法、恢复性司法之可能及有限性、不同文化语境下恢复性司法模式之抉择、法庭官员及其他实务人员之恢复性司法培训、如何有效提高社区于恢复性司法之参与度以及恢复性司法评估等议题。[②]

(三)恢复性司法的主要理论渊源

在美国犯罪学家马克·M. 兰尼尔(Mark M. Lanier)与斯图亚特·亨利(Stuart Henry)看来,恢复性司法的产生可溯及数种不同渊源,包括盎格鲁·撒克逊人早期的赔偿观念、北美原住民的传统司法理念、孟诺派行动主义(Mennonite activism)[③]、被害人运动(victim movements)、重新整合性羞耻理论(reintegrative shaming)[④]以及废除主义者及和平构建犯罪学(abolitionist and peacemaking criminology)。[⑤] 而少年司法学家理查德·劳伦斯(Richard Lawrence)与马里奥·海塞(Mario Hesse)主张,恢复性司法的

---

① Richards, Kelly. (2010). Police-referred Restorative Justice for Juveniles in Australia. Trends & Issues in Crime and Criminal Justice. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology. 398. p. 2.

② Ferrer, Marta. (2010). European Forum for Restorative Justice. 11(2). p. 4.

③ 孟诺派(Mennonite)又称门诺派教徒,系源于荷兰的基督教新派,其反对婴儿受洗,主张生活节俭。

④ 重新整合性羞耻理论(reintegrative shaming)又可译为"重新融合性羞耻理论",系由澳大利亚犯罪学家约翰·布雷思韦特(John Braithwaite)在其 1989 年出版的名著《犯罪、羞耻及重新整合》(Crime, Shame and Reintegration)中首次正式提出,后历经多次实证验证加以完善。该理论主张:现行刑事司法实践产生诸多污名化的羞耻感;与此相对应的,恢复性司法敦促犯罪人承认其所犯罪行,并寻求向其提供不同途径来补偿因先前罪行产生的羞耻感。

⑤ Lanier, Mark M., and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p. 332.

理论根基来自刑罚哲学、女性犯罪学(feminist criminology)[①]、和平构建犯罪学、被害人与加害人和解(victim-offender reconciliation,简称 VOR)、冲突解决(conflict resolution)及调解(mediation)。[②]

恢复性司法的适时出现及发展,一方面与和平构建犯罪学等理论的成熟与完善分不开,另一方面也得益于替代纠纷解决等非诉讼方式的有效运作。

1. 替代纠纷解决

替代纠纷解决(alternative dispute resolution,简称 ADR),又称诉讼外纠纷解决,乃系以中立裁判者协助达成为问题少年与被害人双方所接受的议题以及相关解决方案的诉讼外解决方式。替代纠纷解决方式源自美国,近年来广受青睐,延伸至经济、民事等争议解决之中,使更迅捷、高效、低廉解决争议成为可能。据统计,在美国向法院起诉的案件,其中有 90%—95% 都是通过诉讼外的方式加以解决或在审判前撤回的。[③]

一般来说,替代纠纷解决包括协商、调解与仲裁三种主要类型模式。具体涵盖"被害人与加害人调解"(victim-offender mediation,简称 VOM)、同龄人法院(teen court)、同侪陪审团或对等地位公民纠纷陪审团(peer jury)、公民听证委员会(citizen hearing board)等不同形式。严格上来说,恢复性司法与替代纠纷解决上存在一定交叉,但这并不妨碍恢复性司法在发展过程中吸收和借鉴后者的经验与教训。

---

① 近年来在欧美各国,女性主义对犯罪学发展产生了深远影响。它不仅对传统犯罪学关于犯罪原因和犯罪行为的理论提出批评和质疑,并且将女性主义理念运用于犯罪学之中解释女性犯罪现象,提供独特的学理解释。西方女性主义犯罪学包括许多学派:自由派女性主义(Liberal Feminism)、马克思主义女性主义(Marxist Feminism)、社会主义女性主义(Socialist Feminism)和激进主义女性主义(Radical Feminism)、黑人女性主义(Black Feminism)、精神分析女性主义(Psychoanalysis Feminism)、存在主义女性主义(Existentialism Feminism)、后现代主义女性主义(Postmodernism Feminism)、后殖民主义女性主义(Postmodernism Feminism)以及生态女性主义(Ecological Feminism)等等,其关注焦点各不相同。虽然女性主义犯罪学流派繁多,有的流派之间甚至差异很大、观点针锋相对,但是他们有一个共同的目标,即消灭两性间在政治、经济和法律上的不平等关系。

② Lawrence, Richard and Mario Hesse. Juvenile Justice: The Essentials. (2010). Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 245.

③ 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,北京:中国法制出版社 2001 年版,第 14 页。

2. 和平构建犯罪学

和平构建犯罪学(peace-making criminology)是建立在对西方人文精神批判基础上的,其主要代表人物为美国犯罪学家哈尔·佩宾斯基(Hal Pepinsky)与理查德·昆尼(Richard Quinney),他们期望以和平解决犯罪的方式来取代传统的报复性的解决方法。[1]

在和平构建犯罪学家们看来,社会的各种冲突在所难免,犯罪只不过是社会中各种暴力形式之一种而已。[2] 他们主张,刑事司法机关不应该在社会已发生暴力和犯罪的基础上以"发动战争"(war-making)式的"以暴制暴",平添更多的暴力。和平构建犯罪学家们认为只有通过和平构建(peace-making)的手段才可以减少犯罪的发生以及增加对犯罪被害人的慰藉,实现社会司法的良性互动。与其应对暴力逐步升级刑罚等反制暴力,不如通过调解、和解及纠纷解决(dispute settlement)等形式降低反制暴力之使用。[3] 尽管当前和平构建犯罪学遭遇前所未有的困境,特别是来自传统司法中鼓吹的"发动战争"或抗辩式诉讼的阻力及抵制,基于和平构建犯罪学的恢复性司法实践已在世界许多角落生根发芽。[4]

二、恢复性司法于少年司法的地位及主要形式

(一)恢复性司法于少年司法的定位

联合国《2005年世界青年报告》第85条指出,"在初期采取措施是防止未成年人犯罪的最好方法,防范再次犯罪的最佳方法是通过恢复性司法予以实现的方式"。不同于各成体系的刑事司法或少年司法,恢复性司法本身并不是独立的司法体系,而是暗合于刑事司法或少年司法的各个组成部

---

① Lanier, Mark M., and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p. 329.

② Curran, Daniel J. and Claire M. Renzetti. (2000). Theories of Crime (2nd Edition). Needham Heights, MA: Allyn and Bacon. p. 200.

③ Lanier, Mark M., and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press. p. 330.

④ Barak, Gregg. (2005). A Reciprocal Approach to Peacemaking Criminology: Between Adversarialism and Mutualism. Theoretical Criminology. 9(2), p. 139.

分及程序阶段。以美国为例,通过国立司法研究院及国家刑事司法文献处,联邦司法部已然成为推动恢复性司法衍生至传统少年司法与刑事司法之中的重要力量。[①] 此外,其少年司法与未成年人犯罪预防署及法务计划局向州及地方执法机构提供资金,鼓励其探寻实现公正司法的途径及方式,恢复性司法为其中组成部分。

在州及郡市检察院,随其参与程度及影响力的不同,各级检察院一般通过三种途径来实现其对恢复性司法适用的监督:一是直接构建并运作不同形式的恢复性司法项目,由专门恢复性司法机构或若干内设机构协商会同操作这些项目;二是共同设立并运作由检察院会同其他执法部门及包括非政府组织在内的社会有关机构组建的恢复性司法项目;三是参与设立"恢复性司法委员会"等常设或非常设性议事机构,协调并监督所在地区就恢复性司法所采取的各类努力。如加利福尼亚州蒙特雷郡在郡级层面组建"社区恢复性司法委员会"(Community Restorative Justice Commission),该委员会由 18 名委员组成,包括缓刑局局长或其代表、地区检察官或其代表、公设辩护人或其代表及郡监事会理事 4 名委员;另 14 名委员由监事会任免,其中包括 5 名犯罪被害人,另外 9 名委员分别为犯罪矫正官员、郡执法机构主管、郡所辖市市长、高中或大学学生代表、与刑事司法系统有个人联系之人、宗教代表、商业代表、教师代表、执法及被害人权益保障非政府组织代表各一人。该委员会每月会晤一次,主要监督社区在恢复性司法议题上的教育,并评估恢复性司法的需求、服务及设备工具。此外,委员会还关注缓刑、执法及司法部门间对适用恢复性司法的协调。[②]

上述模式并非单独存在,而是随着该地区犯罪防治工作侧重点、被害人权益保障运动及非政府组织介入等变化而互有交叉。如在奥地利,对未成年人分流措施的作出,需考虑其支付能力以及恢复性调解不取决于被害人同意的有关法律规定。[③]

---

① Dorne, Clifford K. (2008). Restorative Justice in the United States. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 37.

② Monterey County. (2009). Community Restorative Justice Commission. Retrieved May 17, 2009, from http://www.co.monterey.ca.us/bcandc/commrestore.htm.

③ [荷] 皮特·J. P. 泰克编著,吕清、马鹏飞译:《欧盟成员国检察机关的任务和权力》,北京:中国检察出版社 2007 年版,第 23 页。

（二）恢复性司法于少年司法的主要形式

一般说来，恢复性司法肇始于“被害人与加害人调解”（victim-offender mediation，简称 VOM）与“服刑人回归”（prisoner reentry program）两类政策性引导项目。[①] 历经三十余年的发展与演化，各国恢复性司法大体包括被害人与加害人调解、被害人与加害人和解、家庭会议（family group conference）、社区服务（community service）、量刑圈（circle sentencing）及被害人赔偿（victim restitution）等模式。尽管形式多样，这些恢复性司法项目均有共同之处，即寻求治愈、宽恕以及社区的积极参与等。因各地文化及法治差异，参与方参与恢复性司法的程度也不尽相同。

1. 被害人与加害人和解模式

被害人与加害人和解系被害人与加害人的调解过程。在这一过程中被害人得以有机会表达其对犯罪之切身感受、向加害人发问及传达罪行的影响，而对于加害人而言，其也可获得机会就所犯罪行忏悔、承担相应责任及力图实现其未来的正面转化。截至 2000 年，全美共有 300 余个被害人与加害人和解项目，每年处理数以千计的案件。[②]

针对酒后驾车（Driving After Imbibing Alcohol，简称 DAIA）屡禁不止及其对被害人与社会所造成的伤害，宾夕法尼亚州巴克斯郡地区检察院会同“被害人援助网络”（Network of Victim Assistance，简称 NOVA）、反对酒醉驾车母亲协会（Mothers Against Drunk Driving，简称 MADD）[③]及巴克斯郡成人缓刑与假释局（Bucks County Adult Probation and Parole Office）合作进行“被害人与加害人和解”项目。目前，这一项目仅限适用于酒后驾车导致严重

---

① Dorne, Clifford K. (2008). Restorative Justice in the United States. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 31.

② Office for Victims of Crime. (2001). The Restorative Justice and Mediation Collection: Executive Summary. Washington, DC: Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice. p. 1.

③ 反对酒醉驾车母亲协会（Mothers Against Drunk Driving，简称 MADD）成立于 1980 年，是年 5 月 3 日，一 13 岁女孩在人行道上行走时，被保释的醉酒驾车人撞到，香消玉殒，女孩的母亲坎达丝・莱特纳（Candace Lightner）痛不欲生。为制止酒后驾车，莱特纳成立了该协会。在协会的积极倡导下，全美法定饮酒的最低年龄提高到了 21 岁，很多州都就酒后驾车问题制定了严厉的法规。

肢体伤害和/或死亡案件。在项目操作层面,被害人援助网络职员作为"沟通之协调人"(facilitator)。通过宾夕法尼亚州"被害人代言者办公室"(Office of the Victim Advocate)的培训,这些协调人掌握了被害人调解的理念及程序运作。通常情形下,被害人援助网络应被害人请求即可启动调解程序。协调人联系加害人以确定其合作程度,并审查案件的适用性。若被害人与加害人双方均愿参与调解且案件满足所有调解要求,协调人会在之后几个月内分别与之单独会面,并就对方意见告知另一方。之后,协调人会再次分别会见当事人。这些步骤的进展取决于双方对会面的准备状态。①

2. 家庭会议模式

家庭会议模式主要盛行于新西兰,所有未成年人案件(除强奸与谋杀罪外)均采用家庭会议模式。自1989年以来,《儿童、青少年与家庭法》(*Children, Young Persons, and Their Families Act 1989*)的出台,使得家庭小组会议已成为少年法院应对严重未成年人犯罪的替代或有益补充。这部重要法律强调应对未成年人偏差的措施应能凝聚家庭力量,在社区之中矫正未成年人及未成年人程序特殊保护。

受该法案影响,以家庭参与为导向的家庭会议模式在新西兰的顺利推进也就水到渠成了。与其他恢复性司法有所不同的是,新西兰少年司法纳入了一些创新机制,例如家庭在所有可影响其子女成长与发展的任何决策过程处于核心地位、青少年也可对如何应对其越轨行为有发言权、被害人可在商定未成年人惩罚手段过程中发挥重要作用、决策乃以集体共识而达成的。②

3. 量刑圈模式

量刑圈(circles/circle sentencing)又称"和平构建圈"(peacemaking circles),系指被害人、加害人及其双方亲朋好友以及有关利害关系人、社区工作者等聚集在一起,以寻求可为各方特别是当事人双方接受解决方案的

---

① Commonwealth of Pennsylvania Office of the Bucks County District Attorney. (2009). Victim/Offender Mediation (VOM). Retrieved May 17, 2009, from http://www.buckscounty.org/government/rowOfficers/DistrictAttorney/VictimOffenderMediation.aspx.

② Maxwell, Gabrielle and Allison Morris. (2006). Youth Justice in New Zealand: Restorative Justice in Practice. Journal of Social Issues. 62(2), p.243.

过程。量刑圈源于美国、加拿大、澳大利亚及新西兰等土著部落。1991 年起,量刑圈在加拿大重新崛起,特别是在萨斯喀彻温省、马尼托巴省和育空等地区较为盛行。而 1996 年,美国明尼苏达州也开始了这方面的尝试。

量刑圈不但考虑到犯罪人需求,更将被害人及其家属与社区诉求纳入考虑范围,目前已被广泛用于美国刑事司法与少年司法之中。除了被害人、加害人及其近亲属外,量刑圈参与方尚包括法官、检察官及量刑圈协调人(circle keeper),其中检察官主要负责提出具体量刑建议,以供各方参酌。在量刑圈模式下,量刑圈包括加害人的自愿申请、对被害人的愈合圈(healing circle)、对加害人的愈合圈、形成量刑计划共识要素的量刑圈(sentencing circle)以及监督加害人进展的后续圈(follow-up circles)五个主要程序。①

犯罪学家戈登・巴斯莫(Gordon Bazemore)与马克・安伯瑞特(Mark Umbreit)向我们绘声绘色地描述了一桩通过量刑圈解决的加拿大未成年人案件,颇有启发价值:

【案例三十七】

一位十六岁未成年人在飙车时将警车连同另一辆无辜者的汽车撞毁。对这位中年被害人而言,其损失远不止座驾损毁这么简单,因无保险,他得花上不少钱来修复。在随后不久举行的量刑圈中,被害人声泪俱下,控诉该未成年人给其所带来的不幸。之后,来自社区的长者,同时也是肇事者的叔叔亲眼目睹了整个事件始末,也对侄子前后几桩令家族蒙羞事件,表达了对侄子怒其不争的失望与愤怒。同时他亦指出,凡此种种,其侄子都能勇于承担责任,赔付被害人损失。之后,另一关系人则对该未成年人关心社区、尊敬师长及帮助邻人修葺房屋等予以夸奖。在听取上述陈述并征询检察官及公共辩护人意见之后,法官问及量刑圈内可有人

① Bazemore, Gordon, and Mark Umbreit. (2001). A Comparison of Four Restorative Conferencing Models. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

再发表意见。同样遭受车损的另一当事人——皇家骑警站出来,向法官建言:与其将该未成年人送入牢房,不如交其管教,以便定期辅导并督导参与社会服务。被害人与检察官均无异议,法官随即批准这项建议。不但如此,法官还责令加害人支付被害人损失。大家携手祈祷后,量刑圈随之解散,所有人都到举行地——社区中心的厨房内自取茶水点心,人人皆大欢喜。①

4. 社区会议模式

社区会议(community conferencing program,简称 CCP)是被害人、犯罪人及数位社区成员聚合起来,由协调人主持来讨论特定犯罪事实及影响的过程。参与者将研究出台可供加害人参详来弥补其过失的计划。会议为被害人提供了更多接触刑事司法程序及发言的机会,会议还允许加害人来了解其不法行为带给被害人及社区的危害。参与会议的社区代表将论及社区对该犯罪的看法与主张,并可对被害人及加害人提供必要协助。美国威斯康星州密尔沃基郡地区检察院(Milwaukee County District Attorney's Office)通过社区会议项目参与恢复性司法。该项目肇始于 2000 年,截至 2005 年 12 月共召开了 293 个社区会议。威斯康星州议会审计局(Wisconsin Legislative Audit Bureau)2004 年 6 月所作的调查发现,在 2002 年度参加社区会议的加害人中,8.8% 的加害人在一年内再度被捕,这与未参加社区会议的控制组中高达 27.6% 的逮捕率形成鲜明对比。

三、恢复性司法与少年司法的本土化

“以和为贵”,哲学家张岱年(1909—2004)曾指出,“中国传统文化比较重视人与自然、人与人之间的和谐与统一”。② 他继而针对中西方文化的基本差异,认为“与注重和谐统一的文化特点相适应,中国传统文化的首要特

① Bazemore, Gordon, and Mark Umbreit. (2001). A Comparison of Four Restorative Conferencing Models. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justive.

② 张岱年、程宜山:《中国文化论争》,北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 74 页。

点就是主张把差异和矛盾当作统一体的固有内容来把握,同时又主张把统一与和谐当作差异和矛盾的本来根据来把握”。①

2006 年 10 月 11 日中共中央十六届六中全会通过《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》。在全面而仔细分析国内外局势后,《决定》认为社会治安等方面关系群众切身利益的问题比较突出,提出构建“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”的总要求。近年来,随着学界将恢复性司法介绍到国内来,因其经济、高效、直接的操作模式,许多地方在参考国外做法的同时,联系当地实际情况,也逐步开展了恢复性司法的创新工作。

① 张岱年、程宜山:《中国文化论争》,北京:中国人民大学出版社 2006 年版,第 75 页。

第五章　未成年人案件调查与审前程序

第一节　未成年人案件调查与未成年人警务专门化

警察是法庭的仆人。

——英美法谚

一、未成年人案件之来源与警方初步调查

（一）未成年人案件的来源

未成年人与少年司法系统初次发生联系，大多肇始于警方侦查。以美国为例，每年多达270万名未成年人遭警方拘捕。[①] 未成年人与警方接触的方式主要有两类：或是触犯刑律，或是身份过错，即所谓的“初步接触”（initial contact）。除此之外，其他情形尚包括被害人告诉、其他关系人告发及检察官或刑事（成人）法院移送等情形。

依未成年人案件性质不同，报案人也有所差异。若案件触犯刑事法律，则任何公民均有义务任向有权机关报案。我国《刑事诉讼法》第84条规定，“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报”。我国台湾地区《少年事件处理法》亦规定，“对于报告不论任何人知有未成年人犯罪案件者，得向该管少年法院报告”。

为弘扬社会公德，提倡见义勇为、挺身而出，不少国家和地区允许甚至鼓励公众在一定条件下参与对不法侵害人的抓捕，直接将其扭送有关机关

① 马跃：《美国刑事司法制度》，北京：中国政法大学出版社2004年版，第446页。

处理。依据我国《刑事诉讼法》第84条精神,对正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的、通缉在案的、越狱逃跑的以及正在被追捕的未成年人,任何公民都可以立即扭送公安机关、检察院或者法院处理。在欧美诸国,"公民逮捕"(citizen arrest)即为对应的相关概念。[①] 不过"公民逮捕"风险较大,行为人可能因错误"逮捕"或使用不适当方式逮捕而承担侵权责任。

若系身份过错,则未成年人父母或其他监护人(如兄弟姊妹及其近亲属)、学校、社会机构,甚至邻居都可以扮演启动少年司法程序的重要角色。如学校可将屡屡旷课逃学的学生、父母将不服从其管教的子女及有关社会福利机构将遗弃儿童移送少年司法机关都属此类。依台湾地区《少年事件处理法》第18条规定,只有两种情形下少年法院才能接受少年虞犯事件的移送或请求处理,"检察官、司法警察官或法院在执行职务的时候,知悉少年有虞犯事由且有触犯刑罚法律的危险性,应将所知道的虞犯事件,移送该管少年法院。此外,对于少年有监督权人、少年肄业学校或从事少年保护事业机构,发现少年有虞犯事由且有触犯刑法危险性,得请求少年法院处理"。

除了警方外,学校是衔接问题少年与少年司法的又一重要桥梁。为规范学校秩序、保证正常教学不受干扰及确保师生员工安全,学校可在多次劝阻无效后将问题少年移送至少年法院处理。以台湾地区为例,《高雄市国民中学经常逃学逃家之虞犯少年移送少年法院处理流程》确立了针对逃学逃家类问题少年的基本处理流程,即观察与辅导、移送评估、移送少年法院、虞犯少年回校辅导四个方面。其中,若已施予多次辅导措施仍无效果,且依少年性格及环境仍有触犯法律之虞,由"中辍生通报暨复学辅导工作小组"

---

① 在大陆法系国家中,德国、法国及日本等国均有类似我国扭送的制度,其中德国法称之为"暂时逮捕",而法日则称之为"对现行犯之逮捕"。英美刑事诉讼法中与"扭送"含义最接近的当属"公民逮捕"(citizen's arrest)及"任意人逮捕"(any person arrest)等词。根据《布莱克法律词典》,公民逮捕系指平民(private citizen)基于其在场之时(目睹)侵犯公共利益罪(public offense)已然发生,或有合理怀疑(reasonable cause)相信被逮捕者已触犯重罪等认识而施加于后者之逮捕(Bryan A. Garner. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company, p. 116.)。

再行评估是否移送少年法院。①

（二）初步调查

紧随初步接触之后的“初步调查”（initial investigation），源于未成年人自首、举报及警方依职权讯问形迹可疑的未成年人等活动。大多数情况下，由巡警赶赴有关现场并询问被害人。除此之外，巡警还可能在现场进行拍照及指纹收集工作。若需要，物证与法医人员也会在现场进行更细致入微的勘验、收集等工作。如发现案件涉嫌未成年人，警方需作出判断是否将其释放或拘留审查。在美国，当值警察通常需完成《现场讯问笔录》（*field interrogation report*，简称 FIR）。

在调查未成年人犯罪与偏差活动时，一如调查成人案件，警方须遵从一定的程序规定。《北京规则》第 10 条规定，“一俟逮捕就应立即将少年犯被捕之事通知其父母或监护人，如无法立即通知，即应在随后尽快通知其父母或监护人。法官或其他主管人员或主管机关应不加拖延地考虑释放问题。应设法安排执法机构与少年犯的接触，以便在充分考虑到案件发生情况的条件下，尊重少年的法律地位，促进少年的福利，避免对其造成伤害”。我国《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第 9 条规定，“公安机关对被扭送、检举、控告或者投案自首的违法犯罪未成年人，必须立即审查，依法作出是否立案的决定”。

（三）初步处理结果

警方享有较大的自由裁量权，可将少年当场释放或移送法院。对于情节轻微、没有处罚必要的问题少年，警方可在口头训诫后当场释放或通知其父母来警局领回并责令严加管教。若警方认定未成年人涉嫌犯罪与偏差，则会依据案情分别处理：对于情节轻微的犯罪及身份过错，未成年人及其父母或监护人将收到传票（citation）以待日后出庭，未成年人也将被释放。而

① 高雄市国民中学：《高雄市国民中学经常逃学逃家之虞犯少年移送少年法院处理流程》，载（中国台湾）http://163.32.147.1/~a3/a32/text/20050329100242163321472.doc，2005年3月29日。

对于某些未成年初犯,若其违法行为并不严重,警方可以酌情以非正式替代措施来处理,并不一定要移送至少年法院。不过,如其涉嫌严重暴力犯罪,警方可将其当场拘捕。即便某些未成年人情节轻微,只要发现其正处于缓刑期或在逃等特殊情形,则警方仍有权强行拘捕。

以台湾地区为例,据《少年不良行为及虞犯预防办法》第6条规定,“警察机关发现少年不良行为或虞犯时,除予登记外,应视其情节依下列规定处理:少年不良行为构成违警或触犯其他法令者,分别依违警罚法或有关法令规定处理;少年虞犯依少年事件处理法移送少年法庭处理;其不合于违警罚法、少年事件处理法或其他法令规定处理者,应予劝导制止,但得不予登记;少年虞犯事件与违警事件相牵连者,应先送少年法庭处理;经少年法庭裁定应不付审理或不应付管训处分者,其违警部分,如未逾3个月,仍得予以违警处分;警察机关依前项规定处理完毕后,得酌情秘密通知少年家长、就读学校或在职机构加强管教”。

二、未成年人案件的搜查与扣押

(一)未成年人搜查与扣押

在传统刑事司法框架下,搜查(search)之所以重要,不仅仅在于其可导致扣押(seizure),还在于因搜查而获取来的证据资料可能对犯罪嫌疑人不利。所谓搜查,系指为了发现政府可能在刑事诉讼中用作证据的物品而对个人住所、房屋或人身甚至任何有“隐私权合理期待”(reasonable expectation of privacy)的区域的探测或检查;而扣押则是指因触犯法律,政府对人和物运用支配权和控制权。[①] 我国通常以“侦查”指代搜查,《刑事诉讼法》第82条规定,“‘侦查’是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施”。

搜查可引发调查与讯问、扣押、逮捕乃至有罪判决。美国联邦宪法第十四修正案规定,“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;

---

① [美]罗纳尔多·V.戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社2006年版,第232页。

对于在其管辖下的任何人,亦不得拒绝给予平等法律保护”。搜查的合法性成为判别接受搜查结果是否的关键:手续齐全的搜查可信度自然相对较高;而非法搜查获得的证据资料原则上不得用于对抗犯罪嫌疑人。

按照有无法院或其他司法机关签发的书面令状,搜查与扣押可分为有证搜查与扣押和无证搜查与扣押。在美国,通常情形下签发有效搜查证需符合陈述相当理由、有宣誓或代誓宣言支持、描述拟搜查区域与拟扣押物品及治安法官签名四个基本要件。[①] 类似于成人,在警方或其他有权执法机关进行搜查时,未成年人同样可享受与其年龄、生理与心理发展相适应的诉讼权利。比如在美国,在抓获犯罪团伙后,未成年犯罪嫌疑人通常与成年犯罪嫌疑人分乘不同车辆离开犯罪现场。

(二)未成年人搜查与扣押的监督

搜查与扣押都属于刑事强制措施,各国与地区对其适用情形都有明确限定。我国《公安机关办理刑事案件程序规定》第 133 条规定,“办理未成年人犯罪案件不得使用警械,但确有行凶、逃跑、自杀、自伤、自残等现实危险的除外”。第 139 条规定,“办理未成年人犯罪案件,应当严格控制和尽量减少使用强制措施”。《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第 4 条规定,“办理未成年人违法犯罪案件,严禁使用威胁、恐吓、引诱、欺骗等手段获取证据,严禁刑讯逼供”。

最高人民检察院对未成年人案件适用搜查与扣押有比较详细的规定,如其《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 36 条规定,“审查批准逮捕未成年人刑事案件,应当同时审查公安机关的侦查活动是否合法,发现有下列违法行为的,应当提出意见;构成犯罪的,依法追究刑事责任:违法对未成年犯罪嫌疑人采取强制措施或者采取强制措施不当的;对未成年犯罪嫌疑人采取刑事拘留、逮捕措施后,在法定时限内未对其讯问,或者未通知其法定代理人或者近亲属;对未成年犯罪嫌疑人威胁、体罚、侮辱人格、游行示众,或者刑讯逼供、指供诱供的;利用未成年人故意制造冤、假、错案的;对

---

① [美]罗纳尔多·V.戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社 2006 年版,第 234—243 页。

未成年被害人、证人以诱骗等非法手段收集证据或者侵犯未成年被害人、证人的人格尊严及隐私权等合法权益的;违反羁押和办案期限规定的;对已作出不批准逮捕决定公安机关不予执行或延期执行的;在侦查中有其他侵害未成年人合法权益行为的"。

(三)美国未成年人搜查与扣押的有关案例

"新泽西州诉 T. L. O. "(*New Jersey v. T. L. O.*)一案奠定了美国中小学校可因"合理怀疑"(reasonable suspicion)学生私藏武器、毒品、赃物或走私品而搜查其人身、衣物柜或书包的法律基础。

【案例三十八】

1980 年某日,有教师发现两位少女躲在卫生间内吸烟,而这违反了学校纪律。老师扭送二人至副校长处,其中一十岁女孩坦白吸烟事实而另一十四岁少女 T. L. O. 则矢口否认。助理副校长令 T. L. O. 打开随身钱包检查,结果发现一盒香烟。打开烟盒后,助理副校长发现一卷烟纸,相信可能被用来卷大麻。随即,他对 T. L. O. 的钱包进行更深入的检查,发现有少量大麻、吸管、空塑胶袋、大笔一美元面值现金及讨债名录。在认识到事态严重后,助理副校长拨打了 T. L. O. 母亲与当地警局的电话。随后,母亲应警方要求将 T. L. O. 带到警局,而助理副校长亦将搜查证据呈交警方。T. L. O. 对在校贩卖大麻供认不讳。依其供词与从钱包获取的证据,新泽西州向案发地"密德萨斯郡少年与家庭关系法院"(Juvenile and Domestic Relations Court of Middlesex County)提起少年偏差之诉。庭审中,T. L. O. 声称助理副校长搜查其钱包违反了她的第四宪法修正案权利,相关有罪供述也因非法搜查而无效。少年法院驳回了 T. L. O. 有关其第四宪法修正案权利的主张,尽管同意校方也应受该修正案节制。少年法院同时认为,倘若有"合理怀疑"相信维持学校纪律或执行学校政策确有必要时,校方可搜查在校学生。而"合理怀疑"较"相当理由"确信度为低,后者为警方搜查的必备要件之一。该院继而认为,助理副校长因怀疑 T.

L. O. 在卫生间吸烟违反校纪而搜查其钱包符合"合理怀疑",而其随后打开 T. L. O. 钱包的行为符合"一目了然"(plain view)法则。最后,T. L. O. 被裁定其偏差行为成立,被判缓刑一年。

新泽西州高等法院上诉庭认可初审法院上述判决,即助理副校长的搜查并未违反 T. L. O. 第四宪法修正案权利。而新泽西州最高法院推翻了上诉庭的判决,判定类似搜查违宪。1985 年 1 月 15 日,联邦最高法院判定,第四宪法修正案并不局限于执法人员,校方也必须尊重学生的这项权利,不得以"家长豁免"(parents immunity)为由免责。最高法院继而指出,在校生对隐私权有合理期待(legitimate expectations of privacy),但与此同时学校为保证正常教学秩序而可能会对在校生进行适当搜查,两者间存在着如何平衡的问题。最高法院认为,校方无须就搜查学生而申请搜查证,其搜查理由也不需要"相当理由"这么高的证明标准,"合理怀疑"足矣。有鉴于此,联邦最高法院判定上述搜查合宪。①

美国少年司法还存在"合意搜查"(consensual search),这是作为无证搜查例外而出现的特例。通过证据补强,若执行无证搜查任务的警方在获得有关人员同意后所作的搜查及获取的相应证据资料有可能为法官所接受。不过,这种合意搜查的条件较高,要求当事人的合意必须符合自愿性原则。合意搜查主要局限于夫妻、父母子女、同居室友、房东房客、教师学生及雇主雇员等相互间存在特殊关系纽带的群体之间。在 1965 年"明尼苏达州诉肯德曼"(*State v. Kinderman*)②一案中,明尼苏达州法院认定父亲同意警方搜查儿子房间的授权有效,即便后者年已 22 岁。除了父母授权警方搜查子女房间外,寄宿学校室友的授权及中小学校负责人与教师授权警方搜查学生房间、衣柜与书柜等都是棘手的合意搜查案件。其中,有些案件已有定论,而更多的案件仍在激烈争辩之中,焦点大都集中在没有少年同意的情形下由有关利害当事人同意警方所作的搜查是否违背少年本意,这种合意是否

---

① New Jersey v. T. L. O., 469 U. S. 325 (1985).

② State v. Kinderman, 136 N. W. 2d 1577 (Minn. 1965).

有效以及搜查所得到的证据资料能否提交法庭等等。现在,美国大多数基层法院认为,高中负责人在适当情况下可同意警方搜查学生的锁柜。[①]

三、未成年人之拘捕、讯问与保释

(一)未成年人拘捕

1. 未成年人拘捕的概念

拘捕(take into custody)是大多数未成年人正式进入少年司法的首要关口,理论上来说是与逮捕(arrest)意义有所不同的两个概念。卡门认为,所谓逮捕系指为了刑事指控或讯问而违背个人意志将其拘禁,且仅发生在政府有意采取措施终止其行动自由之时。[②] 他主张逮捕必须包含四个构成要素,即扣押与拘留、逮捕意图、逮捕授权及被逮捕者获知其被捕。即便未成年人被拘留,也并不意味着其一定会被拘捕,而逮捕则表明该未成年人涉嫌犯罪。未成年人拘捕则是指警方将未成年犯罪嫌疑人予以拘留的强制措施。美国北达科他州《统一少年法院法典》(*Uniform Juvenile Court Act*)第27—20—13.2条规定,将未成年人予以拘捕并不构成逮捕,除非联邦与北达科他州宪法允许以确定其有效性(validity)之名进行。[③] 如前所述,近年来随着保守主义在刑事司法与少年司法领域的抬头,曾在少年司法中销声匿迹很长一段时间的"arrest"得以"重现江湖",并有逐步蔓延之势。

鉴于未成年人拘捕的严重性,许多国际条约均显目限制其使用。《世界人权宣言》第9条规定,"任何人不得被加以任意逮捕、拘禁或放逐"。《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定,"人人有权享有人身自由和安全。任何人不得被加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。这些除非有正当的理由并且依据法律所规定的程序进行,否则任何人不得被任意逮捕或羁押。"《儿童权利公

---

① [美]罗纳尔多·V.戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社2006年版,第250页。

② [美]罗纳尔多·V.戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社2006年版,第184页。

③ Uniform Jurenile Court, § 27—20—13.2.

约》第37条约定,“不得非法或任意剥夺任何儿童的自由”、“对儿童的逮捕、拘留或监禁应符合法律规定并仅应作为最后手段,期限应为最短的适当时间”、“所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇,其人格固有尊严应受尊重,并应考虑到他们这个年龄的人需要的方式加以对待”。特别是,“所有被剥夺自由的儿童应同成人隔开,除非认为反之最有利于儿童,并有权通过信件和探访同家人保持联系,但特殊情况除外”。《北京规则》要求逮捕应作为万不得已手段方可对未成年人采用,且持续时间应尽可能短。如有可能,应采取替代措施将其安置于类似家庭或学校环境之下。之所以这样规定,意在减少因审前拘留所带来的各种“犯罪污染”。此外,规则反对将未成年人与成年人合署关押,要求“照他们的年龄、性别和个性所需要的照顾、保护和一切必要的社会、教育、职业、心理、医疗和物质方面的个人援助”。

2. 未成年人拘捕的条件

未成年人拘捕与否需综合多方面考虑;除了犯罪或偏差性质的严重性外,未成年人家庭背景、悔过态度、是否有前科记录以及被害人坚持告诉的程度等也是影响警察裁量权的重要因素。在美国,通常情形下,警方逮捕犯罪嫌疑人时,除了有“相当理由”外,建立在此基础之上并有法官核发的逮捕令系必备书面法律文书。除非警方确信有“相当理由”可指证犯罪嫌疑人有重大作案嫌疑,才可无须向法官申请逮捕令而将其直接予以逮捕。不过这种逮捕仍不是随心所欲的,一般要求须当众逮捕才可适用。与成人逮捕相比,警方通常对未成年人拘捕有较多自由裁量权,这也意味着部分不法行为若为未成年人所实施,则很可能因其不入警方法眼而不会被逮捕。

为防止警方滥用职权,《公民权利和政治权利国际公约》第9条第2款规定,“任何被逮捕的人,在被逮捕时应被告知逮捕他的理由,并应被迅速告知对他提出的任何指控”。《保护所有遭受任何形式羁押或监禁人的原则》第10条规定,“任何人在被逮捕时应被告知将其逮捕的理由,并应立即告知对他提出的任何指控”。美国《统一少年法院法典》(*Uniform Juvenile Court Act*)第13章约定,只有依据该法并由法院下令逮捕或者出现法定逮捕事由时,警方方可逮捕未成年人;若警方有理由相信少年正患病、受伤或遭遇即时危险也可将其逮捕;对那些逃脱父母及监护人管教的少年,警方亦

可将其逮捕。[1] 目前,美国大多数州均按照这种模式规定未成年人拘捕。很显然,这些逮捕情形中后两种与传统意义上的成人逮捕相差甚远,而为少年司法所独有,这也是为什么该法典强烈反对使用"arrest"而主张使用"take into custody"原因所在。不过时过境迁,越来越多的州援用"juvenile arrest"来指代未成年人拘捕,但仍然使用原来适用"take into custody"的程序。[2]

需要说明的是,法院下令逮捕少年并不意味着一定会签发逮捕证。事实上,在美国,除非州法律明文规定,否则警方无须出示逮捕证可直接将少年缉拿归案。

【案例三十九】

1976 年,"合众国诉沃特逊案"(*United States v. Watson*)涉及无证逮捕的法律争议。1972 年 8 月 17 日,邮政督察(postal inspector)收到线人可靠情报,迈克尔·沃特逊(Michael Watson)盗窃了一张信用卡并问线人是否愿意"互利互惠"(mutual advantage),并表示可提供更多的信用卡。几天后,在督察建议下线人与沃特逊如约在某饭馆碰头。在收到线人表示沃特逊携带更多信用卡的暗号后,邮政督察一跃而起,对其无证逮捕,同时宣读了"米兰达规则"。督察并未从其身上搜到任何信用卡,在获得沃特逊"同意搜查"(consented search)后又对其座驾进行搜查。果不其然,督察发现了两张信用卡,而持有人并不是沃特逊。尽管沃特逊向法庭提出动议,主张信用卡不能作为证据使用,但初审法院并未采信,并作出其藏匿失窃邮件罪名成立的判决。不久,上诉法院推翻了这一判决,指出无证逮捕违宪,特别是在邮政督察有时间申请逮捕证时更是如此;且据"全情况考虑"(totality of the circumstances)应对沃特逊的非法逮捕,"同意搜查"亦属非法,因

---

① National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (1968). Uniform Jurenile Court Act. Chicago, IL: National Conference on Uniform State Laws, Sec. 13.

② Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 74.

而无效。1976年1月26日，联邦最高法院对本案作出终审判决，认为邮政督察依据"相当理由"而作出的无证逮捕并无不妥之处。既然逮捕合宪，那么随后的"同意搜查"的合法性也顺理成章，因而判决无证搜查合宪。① 这同样也适用于未成年人拘捕中。

不同于大多数西方国家，我国逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过检察院批准或者法院决定，由公安机关执行。《刑事诉讼法》第66条规定，"公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级检察院审查批准。必要的时候，检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。"对于未成年人犯罪嫌疑人的逮捕，《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第12条规定，检察院审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，"应当根据未成年犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的事实、主观恶性、有无监护与社会帮教条件等，综合衡量其社会危险性，确定是否有逮捕必要，慎用逮捕措施，可捕可不捕的不捕。针对那些罪行较轻，具备有效监护条件或者社会帮教措施，且没有社会危险性或者社会危险性较小，不会妨害诉讼正常进行的未成年犯罪嫌疑人，一般不予批准逮捕。对于罪行比较严重，但主观恶性不大，有悔罪表现，具备有效监护条件或者社会帮教措施，不具有社会危险性，不会妨害诉讼正常进行，并具有下列情形之一的未成年犯罪嫌疑人，依法可不予批准逮捕：初次犯罪、过失犯罪的；犯罪预备、中止、未遂的；有自首或者立功表现的；犯罪后能够如实交待罪行，认识自己行为的危害性、违法性，积极退赃，尽力减少和赔偿损失，得到被害人谅解的；不是共同犯罪的主犯或者集团犯罪中的首要分子的；属于已满十四周岁不满十六周岁的未成年人或者系在校学生的；以及其他没有逮捕必要的情形。"

《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第8条还规定，审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当把是否已满十四、十六、十八周岁的临界年龄，作为重要事实予以查清；"对难以判断犯罪嫌疑人实际年龄，影响案件认定的，应当作出不批准逮捕的决定，需要补充侦查的，同时通知公安机关"。

① United States v. Watson, 423 U.S. 411(1976).

除了查清未成年人年龄外，该规定第9条又具体规定了检察官在审查批准逮捕时应当注意的实质性审查，即"审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当注意是否有被胁迫情节，是否存在成年人教唆犯罪、传授犯罪方法或者利用未成年人实施犯罪的情况"。《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第18条规定，"对惯犯、累犯，共同犯罪或者集团犯罪中的首犯、主犯、杀人、重伤、抢劫、放火等严重破坏社会秩序的未成年被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，确有逮捕必要的，应当提请逮捕"。第19条又规定："拘留、逮捕后，应当在24小时内，将拘留、逮捕的原因和羁押的处所，通知其家长、监护人或者所在学校、单位。有碍侦查或者无法通知的情形除外。"基于我国实行犯罪社会综合治理的现实考虑，《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第14条规定，"在作出不批准逮捕决定前，应当审查其监护情况，参考其法定代理人、学校、居住地公安派出所及居民委员会、村民委员会的意见，并在《审查逮捕意见书》中对未成年犯罪嫌疑人是否具备有效监护条件或者社会帮教措施进行具体说明"。

3. 未成年人拘捕的程序

能逮捕哪些未成年人，按照何种程序向哪个机关报案是构成未成年人拘捕的主要内容。其中警方扮演最重要的角色，因为大多数偏差少年由他们送进少年司法体系。在联邦法层面，《美国法典》第18章第5033条规定，当未成年人因涉嫌偏差行为而被拘捕时，执行逮捕之警官必须以"未成年人知晓之言语"(in language comprehensive to a juvenile)立即告知其法定权利，并立即通知总检察长、未成年人父母或监护人。同时，警方应告知未成年人父母或监护人未成年人的权利及所控罪行。未成年人应被毫无迟延地带到治安法官处，这一时间羁押期限决不能超出合理范围。[①]《联邦地区检察长手册》(*United States Attorneys' Manuel*，简称USAM)[②]按照有关规定，警方在逮捕未成年人时，应当清晰明了言告其有关权利；并及时向联邦检察

① 18 U.S.C, § 5033.

② 尽管英文"Attorney"通常指代律师以及拥有律师执照的检察官，但"United States Attorney"仅指联邦地区检察长。国内有学者将该手册误译为《美国律师手册》。

官与少年父母或监护人通报案情及少年应享有的权利。不过极个别条件下,即便可将未成年人短暂拘留于成人监所以便及时联系其父母或监护人,拘留时间亦不得超过6小时,且须远离成人犯视线,①以免沾染不良恶习。

尽管逮捕少年之前获取逮捕证可视为可有可无的程序,但出于对未成年人保护的考虑,美国各州一般都要求警方在逮捕少年之后需尽快通知其父母,这项保护措施对成年犯罪嫌疑人却不适用。一俟拘捕,警方应及时与其父母或监护人取得联系。《北京规则》要求"立即将少年犯被捕之事通知其父母或监护人,如无法立即通知,即应在随后尽快通知其父母或监护人"。《刑事司法系统中儿童问题行动指南》第20条要求,"为了保持在押少年与其家庭和社区的联系,并且为了便于其重返社会,应确保对儿童具有合法利益的亲属和人员能够方便地进入儿童自由受到剥夺的机构,除非儿童的最高利益将不希望这样做"。

4. 未成年人拘捕的法律后果

逮捕对于犯罪嫌疑人与警方都非常重要,对于前者意味着剥夺自由的开始,而对于后者则表明其应遵循特定程序及步骤。卡门指出,逮捕发生后警方通常可进行搜查被捕者、搜查可立即控制区域、搜查机动车辆的乘客室、参酌使用手铐、监视被捕者行动及在拘禁处搜查被捕者六方面工作。②尽管这针对的是成年犯罪嫌疑人,但大体上仍适用于涉案少年。

据美国联邦调查局数字显示,2001年全美19%的问题少年在短暂拘捕后获释回家,而72%的则被移送至少年法院,其余的或移交刑事(成人)法院,或移送至其他警局或社会福利署处理。③ 当案件通过传票或者拘留而移送至少年法院后,对未成年人的"收案筛选"随即展开,主要是收集案情及未成年人个人背景资料。一旦确认,下一步涉及"分流"。一旦未成年人被释放,则《现场讯问笔录》仍将被当地警局保管以备后用,但不得向少年

① Sickmund, Melissa. (2003). Juveniles in Court. Juvenile Offenders and Victims-National Report Series. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 2.

② [美] 罗纳尔多·V. 戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社2006年版,第201—204页。

③ Ferro, Jeffrey. (2003). Juvenile Crime. New York, NY: Facts on File. p. 83.

法院和公众展示。

（二）未成年人的讯问

一如成人，美国警方在讯问涉案少年时须向其告知“米兰达规则”，内容包括：其有权保持沉默，其所说的将成为不利于其的呈堂证供，其有权聘请律师，如果无钱聘请则法院可为你指定。不过，有研究表明少年在完整和准确理解“米兰达规则”上尚与成人有不少差距，如美国精神病学家汤姆斯·格里索（Thomas Grisso）发现在其调查的少年中，超过半数（55%）不能理解“米兰达规则”，而成人这一比例不过两成（23%）；且超过六成（63%）的少年对“米兰达规则”至少一个关键词有误解，而成人仅为37%。[①] 此外，警方还常常需向未成年人父母或监护人告知其子女或被监护人的米兰达权利。

【案例四十】

2004年6月1日，美国联邦最高法院在“亚伯拉汗诉埃瓦拉多”（*Yarborough v. Alvarado*）一案中指出，援用“米兰达规则”时应当考虑少年的年龄与经历。案发时，十七岁半的埃瓦拉多涉嫌抢劫卡车并造成卡车司机死亡。历经一个月的调查后，洛杉矶警方拨打埃瓦拉多家电话并留下信息要求其与父母应就涉嫌罪行来警局协助调查。埃瓦拉多父母随即带其来到警局，并同意警方可对其审讯。正式审讯开始后，埃瓦拉多父母被禁止留在审讯室内，但可在走廊等候。警方在讯问时从未告知埃瓦拉多他已被逮捕，自然“米兰达规则”也无从谈起。审讯伊始，埃瓦拉多否认犯罪，但在两小时讯问后最后自证其罪，承认协助同伙抢劫卡车并在谋杀后藏匿枪支。之后，埃瓦拉多与父母回家。两个月后，他被指控犯有谋杀罪与企图抢劫罪。一审中，埃瓦拉多坚称有罪供述应当排除，因为审讯伊始他便处于“拘禁”状态（in custody）且父母并不在

---

① 转引自 Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 96.

场，这样并未获得法定的"米兰达规则"保护。而检方则辩称警方从未告知埃瓦拉多已被逮捕，其前往警局受讯也是其父母自愿行为，更何况盘问之后便与父母回家。初审法院否决了埃瓦拉多的动议。而加利福尼亚州地区上诉法院同样认定因埃瓦拉多未被拘禁，警方并不需要宣读"米兰达规则"。最后埃瓦拉多被判处其谋杀罪与企图抢劫罪成立，入狱十五年至终身监禁。埃瓦拉多不服，遂提起"人身保护令"之诉。本案辗转至联邦最高法院，后者在5:4的判决中作出州法院埃瓦拉多接受警方盘问不属于拘禁的终审判决。①

在"哈利诉俄亥俄州"（*Haley v. Ohio*）案中，美国联邦最高法院认为联邦宪法第十四修正案规定的正当程序条款同样禁止在未成年人案件程序中采信强迫供述。② 在我国，为切实保障未成年人合法权益，涉嫌犯罪的未成年人年龄与实质性审查可大体佐证有关控诉。《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第10条规定，检察院审查批准逮捕未成年人犯罪案件，"应当讯问未成年犯罪嫌疑人。在讯问未成年犯罪嫌疑人过程中，上述规定列举了应当注意的下列事项，包括：应当根据该未成年人的特点和案件情况，制定详细的讯问提纲，采取适宜该未成年人的方式进行，讯问用语应当准确易懂；应当告知其依法享有的诉讼权利，告知其如实供述案件事实的法律规定和意义，核实其是否有自首、立功、检举揭发等表现，听取其有罪的供述或者无罪、罪轻的辩解；应当通知法定代理人到场，告知法定代理人依法享有的诉讼权利和应当履行的义务；讯问女性未成年犯罪嫌疑人，应当有女检察人员参加；讯问未成年犯罪嫌疑人一般不得使用戒具。对于确有人身危险性，必须使用戒具的，在现实危险消除后，应当立即停止使用"。

《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第11条规定，"讯问违法犯罪的未成年人时，依据调查案件的需要，除有碍侦查或者无法通知的情形外，应当通知其家长或者监护人或者教师到场"。第13条规定，"讯问违

① Yarborough v. Alvarado, 541 U.S. 652 (2004).

② Haley v. Ohio, 332 U.S.596 (1948).

法犯罪的未成年人时,应当耐心细致地听取其陈述或者辩解,认真审核、查证与案件有关的证据和线索,并针对其思想顾虑、畏惧心理、抵触情绪进行疏导和教育”。第22条规定,“办理未成年人犯罪案件原则上不得使用戒具。对确有行凶、逃跑、自杀、自伤、自残等现实危险,必须使用戒具的,应当以避免和防止危害结果的发生为限度,现实危险消除后,应当立即停止使用”,“办理未成年人违法案件严禁使用戒具”。《公安机关办理刑事案件程序规定》第182条规定,“讯问未成年的犯罪嫌疑人,应当针对未成年人的身心特点,采取不同于成年人的方式;除有碍侦查或者无法通知的情形外,应当通知其家长、监护人或者教师到场;讯问可以在公安机关进行,也可以到未成年人的住所、单位、学校或者其他适当的地点进行”。

(三)未成年人的保释与取保候审

除非被检控的少年被控杀人或其他严重罪行,或其他特殊情况,否则该少年通常都可获保释或取保候审。《北京规则》第10.2条要求,“法官或其他主管人员或主管机关应不加拖延地考虑释放问题”。保释被各国广泛视为被羁押者的一项普遍人权。在美国,不同于成人,金钱保释制度并不适用于未成年人案件。① 在我国香港,《少年犯条例》规定,“凡有表面看来未满十六岁的人,在有手令或无手令的情况下被拘捕及带往警署而不能被随即带到少年法庭席前,职级在督察级或以上的警务人员,或该警署的主管警务人员,须调查有关个案,并可在任何个案中,在有保证或无保证的条件下,以担保的方式释放该人,而除非控罪是杀人罪行或其他严重罪行;或为该人利益起见,须使其不能与任何不良分子交往;或该警务人员有理由相信,释放该人有碍公正。否则该警务人员须在有保证或无保证的条件下,以担保的方式释放该人;上述担保的款额以该警务人员认为能保证该人于聆讯检控时出庭为准,并可由该人自己、其父母、其监护人或其他负责人作出”。

相比之下,我国的取保候审是司法机关为保证诉讼顺利进行而采取的强制措施之一。《刑事诉讼法》第51条规定,“可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的,判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发

---

① 马跃:《美国刑事司法制度》,北京:中国政法大学出版社2004年版,第449页。

生社会危险性的，可以取保候审”。对此，犯罪学者徐建认为，扩大未成年人取保候审的适用率会大大加快我国少年司法的改革力度和进程。①

四、未成年人警察机构与未成年人警务专门化

（一）未成年人警察的机构专门化

因为警方通常启动少年司法程序，联合国有关公约要求建立组织有力且行之有效的专门警察机构来处理未成年人犯罪与偏差问题。《北京规则》第12.1条要求，“为了圆满地履行其职责，经常或专门同少年打交道的警官或主要从事防止未成年人犯罪的警官应接受专门指导和训练。在大城市里，应为此目的设立特种警察小组”。在英语国家里，近年来“未成年人警务”（policing juveniles）作为未成年人警察机构与未成年人警务专门化代名词影响日盛，警察机构革新也随之蔚然成风。

当美国现代警察制度于19世纪30年代创设时，警察便已作为处理少年问题的重要力量出现在历史舞台上。1955年，“中部州少年警官协会”（Central States Juvenile Officers Association）与“国际少年警官协会”（International Juvenile Officers Association）先后成立。两个协会不定期举办各类研讨会以讨论和交流涉及未成年人案件的责任、标准与程序。② 如今美国与少年打交道的警察部门基本上包括巡警与少年特警队（specialized juvenile units）两个组成部分。对于巡警而言，在其日常巡逻中大部分时间都接触不同的少年。美国大一点的城市普遍设有少年特警队，称号各异，或称少年转向队、青少年转向队及犯罪预防局等。截至1997年，67%的都市警察局（municipal police department）都设有少年特警队。③ 这些特警队主要负责未成年人犯罪调查、逮捕问题少年、向法院提交报告及出庭作证等。

---

① 徐建：《扩大取保候审适用率是我国少年司法新一轮改革的关键》，载《青少年犯罪问题》2004年第1期，第5页。

② Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 132 – 133.

③ Walker, Samuel. (2002). The Policing in America: An Introduction (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p. 143.

除此之外，许多警察局还设有其他专门机构处理儿童虐待及儿童失踪等案例，尤其是“抵制毒品滥用教育”（Drug Abuse Resistance Education，简称DARE 或 D. A. R. E.）最为流行。①

20 世纪 80 年代初未成年人犯罪第一次高峰来袭时，我国便有少年司法机构专业化的要求。不过除了法院坚持得比较好以外，公安系统和检察系统总体进展仍然相当有限。②《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第 6 条亦规定，“公安机关应当设置专门机构或者专职人员承办未成年人违法犯罪案件。办理未成年人违法犯罪案件的人员应当具有心理学、犯罪学、教育学等专业基本知识和有关法律知识，并具有一定的办案经验”。《公安机关办理刑事案件程序规定》第 9 条亦规定，“公安机关办理未成年人犯罪案件，应当由专门机构或者专职人员负责，贯彻教育、感化、挽救的方针，照顾未成年人的身心特点，保障他们的合法权益”。第 133 条规定，“办理未成年人犯罪案件不得使用警械，但确有行凶、逃跑、自杀、自伤、自残等现实危险的除外”。第 139 条规定，“办理未成年人犯罪案件，应当严格控制和尽量减少使用强制措施”。这些规定都为警方处理未成年人案件提出了更高的要求和标准。

以我国台北市为例，该市警察局早在 1956 年以任务编组方式在刑警队成立了以辅导不良少年为宗旨的“少年组”，并为其他县市所仿效。2005 年，台北市警察局又在女子警察队基础上正式成立“妇幼警察队”，编制 85 人，下设行政组、侦防组与勤务队等组织，具体负责儿童及未成年人保护、儿童及少年性交易防治及妇幼协寻等有关未成年人案件。台湾地区“警政署”更于 2000 年 7 月 1 日通令各市县警察局将“少年组”扩编成“少年警察队”。

澳门于其司法警察局下专设“关注少年组”，该组主要职责为“研究本澳青少年犯罪的特征和趋势，制定相应的对策，借着与家庭、学校、青年社团及政府部门的沟通合作，防止青少年犯罪，扶助青少年健康成长，及透过开

① “抵制毒品滥用教育”1983 年源自洛杉矶警察局，随后遍及全美各地。受过“抵制毒品滥用教育”特殊训练的警官作为少年警官主要对五年级、六年级的学生进行抵制毒品滥用教育。

② 秦平：《保护：未成年人刑事责任的指导原则》，载《法制日报》2004 年 9 月 16 日。

展法律宣传活动,如讲座或座谈会,培养青少年树立守法意识及正确的人生观,引导他们分清善恶,远离犯罪"。①

(二)未成年人警务专门化

美国警察学家劳伦斯·赫胥三世(Lawrence Travis III)认为"矫顽力"(coercive force)乃是警务工作的性质,指使用或威胁使用暴力来避免人们遭受暴力或被威胁使用暴力。② 这一定义虽然不免有循环定义之嫌,但也表明警察工作与暴力或威胁使用暴力密切相关。然而在社区警务(community-based policing 或 community policing)中应对未成年人犯罪与偏差特别是身份过错时,"矫顽力"表现得不甚明显,且往往为"亲和力"所取代。英国警察学家艾伦·华特(Alan Wright)将传统警务模式分为民事警务模式(civil police model)、国家警务模式(state police model)、准军事警务模式(quasi-military police model)与戒严模式(martial law model)③,未成年人警务则与之有所差异。未成年人犯罪与偏差的复杂性与重要性客观上要求警方处理相关问题时需更新理念,不能为传统警务思维桎梏,应以专业技能感化、教育与挽救失足少年,而所谓"警务专门化"或"警察职业化"(police professionalism)建设的重要性便显得日益突出与急迫。

警方还直接协助学校处理有关在校生及未成年人帮派的犯罪与偏差活动,这并不仅局限于制止惹是生非、打架斗殴及吸毒等恶性不法行为,还包括参与少年逃学与旷课的处理工作。在众多警务项目中,"抵制毒品滥用教育"在美国影响较为深远。DARE 是一综合防治计划,旨在让小学生掌握生活技能去认识和抵御吸食烟酒和其他药物的社会压力。DARE 创设于1983 年,发起人为时任洛杉矶警察局长达里尔·盖茨(Daryl Gates),最初是作为美国"向毒品开战"(War on Drug)政策一部分出现的。在盖茨看来,身

---

① 澳门特别行政区司法警察局:《组织架构》,载澳门特别行政区司法警察局网站,http://www.pj.gov.mo/1024/pj_ch/de_youth.htm,2009 年 1 月 5 日。

② Travis, Lawrence III and Robert Langworthy. (2008). Policing in America: A Balance of Forces (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.4.

③ Wright, Alan. (2002). Policing: An Introduction to Concepts and Practice. Portland, OR: Willan Publishing. pp.61 – 66.

穿制服的警务人员配备精良,乃是向未成年人宣传毒品危害的不二人选。学生进入 DARE 计划时,需签署不使用药物或加入帮派的承诺,并接受由当地警方主讲的为期 10 周的有关在校课程学习。现在已有 3,600 万(其中 2,600 万在美国)未成年人加入这一教育计划,覆盖全美 80% 以上学区;估计 7,838—9,264 名警官参与其中。[①] 项目进展顺利,对于未成年人反毒品教育总体比较成功,以至于警方不时接到一些小学生报告称其父母涉嫌非法使用毒品,警方顺藤摸瓜也破获了不少案件。2007 年 12 月 11 日,美国时任总统乔治·W. 布什就未成年人使用毒品发表声明,赞许 DARE 为该国未成年人抵制毒品诱惑起到了重要作用,并宣布每年 4 月 11 日为"抵制毒品滥用教育日"(DARE Day)。总的来说,DARE 对于净化未成年人心灵起到了很好的示范作用,且促进了警方与未成年人间的联系,反过来也进一步推动了警务专门化的发展。

第二节　未成年人审前拘留

对于一切事物,尤其是最艰难的事物,人们不应期望播种与收获同时进行,为了使它们逐渐成熟,必须有一个培育的过程。[②]

——[英]弗兰西斯·培根(Francis Bacon,1561—1626)

一、未成年人审前拘留概述

(一)审前拘留溯源及概念

1. 拘留的概念及分类

在汉语中,"拘留"一词最早可溯源自《汉书》,"匈奴人民每来降汉,单

① Wikipedia. (2007). Drug Abuse Resistance Education. Retrieved January 1, 2008, from http://en.wikipedia.org/wiki/Drug_Abuse_Resistance_Education.

② 转引自[意]贝克利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,北京:中国法制出版社 2005 年版,序页。

于亦辄拘留汉使以相报复"。[1] "拘留"系由"拘"及"留"二字组成,其中"拘"有限制、束缚之意,"留"有接手、保存之意,合起来意为拘禁、扣留。

英文与中文"拘留"相对应之单词大体有"confinement"、"detention"、"holding"、"internment"或"restrain"等词,以"detention"较为合意与正式。根据《布莱克法律词典》解释,"detention"有两种不同含义:其一系指将某人置于羁押(custody)之行为或事实;关押(confinement)或强制延误(compulsory delay);其二系指对财产之留置,尤其是雇员对雇主财产之占用,而并不虑及其是否有合法占有权。[2] 正是在第一种解释之下,拘留又被细分为调查性拘留(investigative detention)、审前拘留(pretrial detention)及预防性拘留(preventive detention)三类。其中,调查性拘留系指在调查犯罪嫌疑人是否参与犯罪活动而将其予以羁押(无正式逮捕)的拘留。至于预防性拘留,通常系指对威胁脱逃、意图危害或在候审期间违法的刑事被告人或精神病患者所实施的羁押。[3] 在我国香港地区,与"detention"相关法律的中文翻译较多,包括拘留、拘禁、置留、羁留、扣留等等,甚至有法律的中文版将"detention centre"译为"劳教中心"。换言之,"detention"也有"劳教"之义。不过,从造字看,上述词汇大体或取"拘留"之"拘"或"留"再行组词。

除此之外,在英国尚存有"女王恩准之拘留"(detention during Her Majesty's pleasure),系指"对本来应判处终身监禁刑罚之人,由于其年龄不满18岁,而由内务大臣或苏格兰事务大臣根据具体情况判处一定时间拘留的刑罚,一般在少年感化院、少年犯管教所或监狱执行"。[4]

依我国法律规定,拘留包括刑事拘留、行政拘留及司法拘留三类。其中刑事拘留是依据刑事诉讼法采取保证刑事诉讼顺利进行的强制性羁押措施,适用于刑事案件中涉嫌犯罪的现行犯或者重大嫌疑分子;行政拘留则是根据《行政处罚法》、《治安管理处罚法》等行政法律、法规而采用的行政制

---

① 《汉书·匈奴传赞》。

② Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p.480.

③ Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p.480.

④ 薛波主编:《元照英美法词典》,北京:法律出版社2003年版,第409页。

裁,其目的在于惩罚和教育一般违法人员;司法拘留,是在刑事、民事和行政诉讼过程中,法院对于有严重妨碍诉讼行为的诉讼参与人以及其他人员采用的强制性手段。

2. 审前拘留与预防性拘留

作为刑事强制措施,拘留一般适用于刑事判决未发生效力特别是庭审之前,大陆法系与欧美法系据此分别称之为“未决拘禁”或“审前拘留”。审前拘留的目的在于预防再犯罪及确保准时出庭,由此也常被称为“预防性拘留”或“防范性拘留”。

《布莱克法律词典》认为因案件性质不同,审前拘留涵盖两层含义:对于刑事案件,是指若被告人无法缴纳保释金或释放动议被否定而在审前所采取的拘留;对于未成年人犯罪与偏差案件,法院有权将未成年人从初始听证(initial detention hearing)羁押至相当理由听证(probable cause hearing)阶段(若该未成年人之犯行由成人实施则定性为刑事犯罪)。对于未成年人案件,若法院认为释放未成年人可能会在审判日之前导致诸如再犯罪等严重风险,其可裁定在相当理由听证之前将未成年人先行羁押,故而审前拘留又被称为“临时性拘留”(temporary detention)。对于未成年人而言,其并不享有获得保释等联邦宪法性权利。① 尽管《布莱克法律词典》将审前拘留与预防性拘留分而论之,但由于两者间的诸多重叠之处,司法实践中两者可互换使用,尤其是在少年司法体系中。

(二)未成年人审前拘留的概念、特征及作用

出于各种原因考虑,有些涉案少年在出庭前会被拘留在未成年人看守所或拘留所内。“全美未成年人拘留协会”(National Juvenile Detention Association,简称NJDA)对未成年人审前拘留定义如下:未成年人拘留是将被控实施法院所禁止行为之未成年人于未决诉讼(pengding legal action)期间予以拘禁,以保护该未成年人及社区的暂时而又安全的羁押措施。② “全

① Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 480.

② National Juvenile Detention Association. (1990). Definition of Juvenile Detention. Retrieved April 21, 2007, from http://www.njda.com/learn-guiding-djd.html.

美犯罪与未成年人偏差理事会”(National Council on Crime and Delinquency,简称NCCD)使用“拘留关爱”(detention care)这一术语。所谓“拘留关爱”系指在等候法院安置或移送其他机构时将少年予以严格羁押的临时性关爱措施。① 综合国内外相关论述,我们认为,所谓未成年人审前拘留系指问题少年在等待逮捕、起诉、审理、判决或执行判决时,被暂时性地拘留于特定处所、以防止其犯罪并予以妥善安置的强制措施。在少年司法与刑事(成人)司法诸多差别之中,预防性拘留被认为是少年司法最具特色的历史遗产之一。②

未成年人审前拘留带有较强的保安处分特征,其理论假设基于将犯罪人或犯罪嫌疑人予以释放有违社会最佳利益与防卫社会的目的。其作用在于保护未成年人、防卫社会免受未成年人进一步不法行为侵害及确保未成年人准时出庭受审。③ 在全美犯罪与未成年人偏差理事会看来,拘留应该满足这样四个基本目的,即良好条件下的设防拘禁(secure custody)应抵消因羁押所带来的损伤、富有建设性与满足感的活动应可为少年提供发展与自我认知的机会、来自个人与团体的指导应可帮助少年正面理解拘留、细心观察未成年人可能存在的心理与生理疾病以便作出适当治疗方案。④

二、未成年人审前拘留的条件及程序

(一)未成年人审前拘留的适用条件

1. 未成年人审前拘留的对象及条件

与逮捕相比,拘留的强制性相对轻微;但与拘传、取保候审及监视居住等相比,拘留又因羁押性带有较强的强制性。纠结于两者之间,国际公约及

---

① Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.494.

② Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p.235.

③ Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p.365.

④ Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.495.

大多数国家均主张对未成年犯罪嫌疑人尽可能不适用拘留;即便适用,仍要严格拘留对象及条件。如《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》要求,“对不满十六周岁的未成年人应尽可能不实行羁押”。

对审前拘留的适用条件,各国及地区略有不同,但无不严格予以界定。以日本为例,拘留一般应符合“拘留的理由”、“拘留的必要性”及特定情形的拘留适用三个要件。其中“拘留的理由”系指“有相当的理由足以怀疑犯罪嫌疑人实施了犯罪”。作为但书,“拘留的必要性”强调即便存在拘留理由,“若根据犯罪嫌疑人的年龄、境遇、情节轻重及状态等情形,判断犯罪嫌疑人没有可能逃跑或销毁证据,可驳回拘留证申请”。第三个要件是,“对一些轻微犯罪也可以拘留,但仅限定在犯罪嫌疑人居所不定或者经侦查机关传唤不到案的情况。权衡考虑犯罪的轻重、限制自由的不利,只有在非常必要的情况下才能拘留轻微犯罪的犯罪嫌疑人”。①

《得克萨斯州家事法典》规定一旦少年有违反下述行为之一者,均可能被拘留:该未成年人可能潜逃或少年法院可能丧失对其管辖权;该未成年人父母或其他监护人无法提供适当监管、照顾与保护;法院在传讯该未成年人时,可能出现无父母或监护人陪同其出庭的情况;该未成年人可能对自身或公众安全造成威胁;该未成年人有违法犯罪前科,一旦释放可能会再次触法。② 我国《刑事诉讼法》第61条规定,公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子,若有下列情形之一的,可以先行拘留:正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的;被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的;在身边或者住处发现有犯罪证据的;犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的;有毁灭、伪造证据或者串供可能的;不讲真实姓名、住址,身份不明的;有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。特别地,针对未成年人,《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》第17条规定,“对正在实施犯罪或者犯罪后有行凶、逃跑、自杀等紧急情况的未成年被告人,可以依法予以拘留”。

2. 未成年人审前拘留的适用期限

《北京规则》第13.1条规定,“审前拘留应仅作为万不得已的手段使

---

① [日]田口守一著,张凌、于秀峰译:《刑事诉讼法》,北京:中国政法大学出版社2010年版,第54页。

② Texas Family Code. §54.01.

用,而且时间尽可能短”。《联合国保护被剥夺自由少年规则》第17条约定,“在不得已采取预防性拘留的情况下,少年法院和调查机构应给予最优先处理,以最快捷方式处理此种案件,以保证尽可能缩短拘留时间”。

就羁押持续时间而言,各国及地区对未成年人审前拘留期限的规定有所差异。涉案少年在拘留所留置的时间全美平均为15天,未成年人拘留所也因此被戏称为“公交车站”(bus stops)。① 对于极个别恶性案件,某些未成年人在等待庭审时可被拘留长达3至4周甚至更长的时间。② 我国《刑事诉讼法》第65条规定:“公安机关对于被拘留的人,应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候,必须立即释放,发给释放证明。”司法实践中,对未成年人之拘留有时会长达37天甚至更长。

(二)未成年人审前拘留程序与司法审查

1. 未成年人审前拘留的程序与步骤

在诸多可适用于未成年人的刑事强制措施中,拘留通常为仅次于逮捕的最为严厉的羁押性措施。一般来说,对特定未成年人实施审前拘留须按部就班依次进行。以美国为例,首先,当值警察在拘捕问题少年之后、讯问之前必须告知“米兰达警告”(Miranda warnings);然后,警方必须试图联络该未成年人父母、监护人或其他负有责任之成年人,告知后者拘捕未成年人的既成事实及罪行性质,并向检察官予以报告;再次,若问题少年父母要求在讯问期间在场,所有警方讯问必须立刻停止直至其父母到达;最后,法院必须在法定时间内举行作为非正式程序的拘留听证,以供法官确定现有证据是否有利于该少年及社会最佳利益而将其予以拘留。③

在法院举行审前听证之前,警方将问题少年送至当地看守所或拘留所。在美国,大多数拘留所全天24小时不间断地向未成年人开放。在那里,社

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 179.

② Lawrence, Richard and Mario Hesse. Juvenile Justice: The Essentials. (2010). Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 146.

③ Marsh, Toni. (2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. pp. 66 - 67.

会工作者或缓刑官将对这些未成年人进行初始评价，并联络父母或监护人以便后者探视或延聘律师。这一阶段中，拘留所工作人员有权决定是继续拘留还是释放未成年人。若决定释放，则会要求未成年人父母或监护人签署协议以确保该问题少年将如期出庭受审；若无法寻觅未成年人父母或监护人，或未成年人父母或监护人拒绝接问题少年回家，拘留中心将继续拘留该问题少年。在美国大多数司法区，检察官必须在24小时内决定是否对该问题少年提出正式书面控诉。若检察官决定不予起诉，拘留所在征求问题少年父母或监护人是否接回意愿后可释放。但即便检察官执意起诉，拘留所仍可自行决定释放问题少年。在此情形之下，拘留听证必须尽快进行。①

2. 未成年人审前拘留的司法审查与听证

《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》要求，“审前羁押的决定应该由司法机关作出，必须具有法定的理由，并且作出审前羁押决定之前必须经过审理”、“审前羁押过程应尽可能辅以教育措施”。大多数国家与地区对未成年人实施审前拘留均规定须进行相关听证，由中立、不偏私的法官居间确认是否予以拘留。拘留听证(detention hearing)，系指由法官决定是否继续拘留未成年人以及将其释放是否具有危险性的听证程序。在美国，若未举行听证而对未成年人审前拘留，将违反联邦宪法第十四修正案的相关规定。

被拘捕后，未成年人可在任何时候请求拘留听证。一般情况下，拘留听证须在拘留后24或48小时内进行，最多不超过72小时。如美国《佛罗里达州未成年案件程序规则》(*Florida Rules of Juvenile Procedure*)第8.010b明确规定，未成年人拘留听证应在被拘捕后24小时内进行。印第安纳州《家事法与少年法》(*Family Law and Juvenile Law*)第37.62条要求，若未成年人未及释放，拘留听证应在其被拘禁后48小时内举行，周六、周日及法定假日除外。

一般而言，拘留听证大体上包括初始拘留听证(initial detention hearing)、相当理由听证(probable cause hearing)及拘留审查听证(detention review hearing)三个阶段，其中某些阶段可能会合并进行。在美国新泽西

① Marsh, Toni. (2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. p.67.

州，若危及未成年人的健康、安全及福利，在未成年人被羁押次日凌晨（含节假日及周末）之前应举行初始拘留听证。若未成年人在初始听证未获得律师代理且法院认定未成年人应被拘留时，应在两日内进行第二次听证且律师必须在场。[①] 一旦未成年人被裁定拘留，法院应在两日内进行相当理由听证。若法庭认为相当理由存在、未成年人应继续予以拘留，则在相当理由听证后 14 天内应进行拘留审查听证。若拘留再次延续，则拘留审查听证必须于 21 天以内再次进行。[②] 而在得克萨斯州，《得克萨斯州家事法典》第 54.01(o)条规定，法庭应当发现是否存在"相当理由"以确信无逮捕证被拘捕之未成年人已然参与不法行为之中。[③]

一般而言，未成年人审前拘留听证主要是围绕拘留的必要性展开。在美国，法庭决定问题少年拘留与否常常源自这样一些考虑：少年是否被控涉嫌触法行为？少年是否涉嫌暴力活动？少年是否因在其他司法辖区内作奸犯科而被通缉？少年是否被控涉嫌从少年司法机构脱逃？是否有理由相信，若不采取拘留，则少年可能不会出庭受审？是否有理由相信，若不采取拘留，则少年可能威胁到证人、被害人与其他人之人身安全？少年的既往案底是否表明其曾犯有其他类型的犯罪与偏差行为？少年是否有父母、祖父母及其他负责人的近亲属可以将其予以收留？[④] 有异于成人拘留，少年法院的法官不得仅仅就未成年人罪行的严重程度将其予以拘留，即便其触犯了极其恶劣之罪行。[⑤] 有些司法区明文规定，未成年人的既往犯罪记录是确定是否将其予以拘留的考虑因素之一。[⑥]

拘留听证参与方中，一般包括警察、拘留所工作人员及其他法庭认可人员，但未成年人父母并不一定要到场。如《得克萨斯州家事法典》第 54.01(d)条规定，若无法找寻未成年人父母，该听证仍可进行，但法庭须为其指

---

① Rules Governing the Courts of the State of New Jersey, R. 5:21-3(a).

② Rules Governing the Courts of the State of New Jersey, R. 5:21-3(b-c).

③ Texas Family Code. §54.01(o).

④ Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.556.

⑤ Marsh, Toni. (2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. p.68.

⑥ Gardner, Martin. (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p.235.

定辩护人或监护人。[1] 在新泽西州，这一听证应以书面或口头形式通知未成年人及其父母或监护人，所有这些人都应出席；但未成年人父母或监护人在得到通知后却无法出席时，初始拘留听证不得延迟。[2]

听证后，法官可以决定立即释放未成年人，并施以不同监管措施。如印第安纳州《家事法与少年法》第37.66(d)条允许法官施加多达7种监管措施，包括居家拘留(home detention)、电子监控(electronic monitoring)、宵禁限制(curfew restriction)、保护令(protective order)、禁止接触令(no contact order)、遵守印第安纳州法律令(order to comply with Indiana law)及其他任何合理适用于未成年人行为之令(order placing any other reasonable conditions on the child's actions or behavior)。[3]

(三)未成年人审前拘留的机构设置与功能

作为临时性羁押场所，未成年人拘留所或看守所对裁判听证前后的问题少年予以拘留。在英文中有"未成年人拘留中心"(juvenile/ youth detention center)、"拘留地"(place of detention)及"收容所"(shelter care)等术语相对应，其中又以"juvenile detention center"最为常见。

全美未成年人拘留协会认为，未成年人拘留所至少应提供这样一些服务：教育、娱乐、咨询、营养、医疗和保健服务、阅读、参观、交流及持续监管，以支持少年的生理、心理和社会的发展。此外，未成年人拘留还包含或提供系统的临床观察和评估作为有益补充。[4] 在日本，未成年人拘留所被称作"鉴别所"，功能较齐全，甚至还可适用学校欺凌等观护措施。美国得克萨斯州几乎每郡均适用"裁判前设防拘留"(secure pre-adjudication detention)，该举措由郡少年委员会授权当地未成年人缓刑处以契约形式交付有关私立机构予以执行。目前共有58个此类机构在"得克萨斯未成年人缓刑委员会"(Texas Juvenile Probation Commission)注册。郡少年委员会从"得克萨

① Texas Family Code. §54.01(d).

② Rules Governing the Courts of the State of New Jersey, R. 5:21-3(b-c).

③ Family Law and Juvenile Law, §37.66(d).

④ National Juvenile Detention Association. (1990). Definition of Juvenile Detention. Retrieved April 21, 2007, from http://www.njda.com/learn-guiding-djd.html.

斯未成年人缓刑委员会”获得资助。此外,有些郡还有庇护所、居家拘留及电子监控等执行方式。这些未成年人拘留所的设立通常有三个目的,即确保问题少年按时出庭受审、为无家可归的问题少年提供临时性拘留场所及保护其免受侵害或防止扰乱法庭程序。而在我国大陆地区及台湾地区,未成年人审前拘留的地点分别在看守所及观护所。

除了羁押问题少年外,未成年人拘留所还可作为少年庇护所,收留那些因父母或监护人犯有刑事照管不良虐待或走投无路的少年。此种情形下,成年人拘留所是为其提供的良好软硬件和优质的关爱,而不是扮演具有惩罚性质角色的机构。作为临时场所,未成年人拘留所将这些失依少年与问题少年隔离开来,并与有关社会机构密切合作以加快失依少年寻找到永久、合适的投靠场所。

(四)被审前拘留少年的权利保障

相关国际公约及有关国内立法都确认被拘留少年应享有与其年龄相当的权利保障。被拘留少年所享有的权利涵盖甚广,既包括知悉权、获得律师帮助权、与父母或监护人会见权,也包括在拘留羁押期间所享有的权利。日本刑事诉讼法中将前者概称为“犯罪嫌疑人对拘留的抗御权”,包括犯罪嫌疑人有权知道拘留理由及被拘留时自己的权利、有权聘请律师等等。①

《北京规则》第 13.3 条规定,“审前拘留的少年有权享有《囚犯待遇最低限度标准规则》内载的所有权利和保障”。该规则第 13.5 条规定,“看管期间,少年应接受按照他们的年龄、性别和个性所需要的照顾、保护和一切必要的社会、教育、职业、心理、医疗和物质方面的个人援助”。《联合国保护被剥夺自由少年规则》第 18 条规定,“未经审讯的被拘留少年应有权得到法律顾问,并应能申请免费法律援助,并能经常与法律顾问进行私下联系以严守机密;获得从事有酬工作或继续接受教育或培训的机会及在符合司法管理利益前提下可得到和保留一些消遣和娱乐用具。除了这些最低要求

① ［日］田口守一著,张凌、于秀峰译:《刑事诉讼法》,北京:中国政法大学出版社 2010 年版,第 57—58 页。

外，必要时还可酌情根据假定无罪的要求、拘留期限和有关少年的法律地位和状况，作出具体的补充规定”。第28条规定，“拘留少年的环境条件必须根据他们的年龄、个性、性别、犯罪类别及身心健康充分考虑到他们的具体需要、身份和特殊要求，确保使他们免受有害的影响和不致碰到危险情况”。第87条规定，“拘留所管理人员在履行其职责时应尊重和保护所有少年的人格尊严和基本人权，特别是：拘留所任何人员不得以任何借口或在任何情况下施加、唆使或容忍发生任何严刑拷打行为或施加其他粗暴、残酷、不人道或有辱人格的待遇、处罚、感化或纪律手段；所有管理人员应坚决反对和制止任何贪污受贿行为，并在发现时立即报告主管当局。凡有理由相信发生了或要将发生严重违反本《规则》情事[①]的人员，应将情况报告其上级机关或掌有审查或纠正权力的机关；所有管理人员应确保少年的身心健康得到充分保护，包括保护其不受性侵犯、身体上和精神上的虐待及剥削利用，必要时应立即采取行动，给予医疗处置；所有管理人员应尊重少年的隐私权，尤其应对其作为专业人员身份从中得知的有关少年或其家庭的机密情事保守秘密；所有管理人员应致力减少拘留所内外生活上的区别，因为这种区别往往会削弱对拘留所内少年人格尊严的尊重”。

在英美法系国家，被拘留的未成年人通常可通过“人身保护令之诉”(habeas corpus)向法院提出释放动议。1679年通过的英国《人身保护法》第11条即规定，“凡在现在或将来被非法监禁者，得向各地方国立法院控诉违反本律实施羁押，拘留，滥禁，命令监禁或移解及参与签发盖印副署或教唆帮助之人员。告诉人除损害费外，应判给三倍诉讼费用”。[②] 在美国，问题少年于拘留听证期间也可获得相当诉讼权利的保障。如法院必须尽快就拘留事项告知问题少年父母或监护人，允许父母或监护人为问题少年进行辩护；若问题少年家境窘困而无力聘请律师，法院将自费为其指定律师；法院必须全面告知问题少年的指控及其宪法性权利；问题少年父母或监护人可出席所有听证会，并为问题少年辩护；问题少年可请相关证人为其在听

① 《联合国保护被剥夺自由少年规则》中文版将“matter”一词译为“情事”似有不妥，应译“事件”。

② 转引自李忠诚：《刑事强制措施制度研究》，北京：中国人民公安大学出版社1995年版，第36页。

证会作证;拘留所必须允许问题少年父母或监护人进行探视。[1]

三、未成年人审前拘留的风险及争议

(一)未成年人审前拘留的风险评估与鉴别

预防性拘留并非随心所欲,而是受到各种限制。《联合国保护被剥夺自由少年规则》约定,“应尽可能避免审讯前拘留的情况,并只限于特殊情况”。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第12条建议,“只有在例外的情况下才能对未成年人实行审前羁押”。《联合国非拘禁措施最低限度标准规则(东京规则)》(*United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures*)第6.1条要求,“审前拘留应作为刑事诉讼程序的最后手段加以使用,并适当考虑对被指称犯法行为的调查和对社会及受害者的保护”。

鉴于此,对未成年人拘留决定的作出通常需要进行风险评估与鉴别。所谓风险评估(risk assessment),指研究可能造成本人或他人伤害的因素以便衡量是否已采取足够的防范措施以防止伤害。美国犯罪学家詹姆斯·奥斯丁(James Austin)等人将“风险评估”定义为确定某一犯罪人再犯的危险、技术性违犯、未能出庭及其他负面结果的过程。[2] 目前,美国几乎所有的州都设有专门针对问题少年的风险评估体系。与风险评估相对应的另一个重要概念——需求评估(needs assessment),系指对问题少年的个人与社会技能、健康状况、心理素质、教育水平、酗酒吸烟与否等状况进行测量的评估。

所谓鉴别(classification)又称分类或调查分类,通常是指由有权机关对犯罪人具体情况所作出分类处理的专门化过程。《北京规则》指出,“受拘留少年的不同的身心特点可能要求采取分类措施,从而对审前拘留的某些人实行单独看管,这样能避免少年受害,并提供更为恰当的援助”。“风险

---

① Marsh, Toni. (2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. pp. 71 - 72.

② Austin, James, Kelly Dedel Johnson, and Ronald Weitzer. (2005). Alternatives to the Secure Detention and Confinement of Juvenile Offenders. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 5.

评估”与“鉴别”对确定是否对涉案少年实行分流或释放至关重要。两者之所以为实务界倍加推崇，不外乎这样几个原因：采用客观评分流程、使用简单而可靠的测量方法、通过统计分析预测特定犯罪人再犯概率的成功率较高。[①]

类似英美国家的审前拘留，日本适用审前调查后收容至鉴别所之程序，其所实施的鉴别有收容鉴别、住宅鉴别、请求鉴别以及一般鉴别四种。其中，收容鉴别是对受家庭裁判所裁定观护处分少年所实施的鉴别；住宅鉴别是针对少年事件中未收容于少年鉴别所的少年，基于家庭裁判所请求，对该少年实施资质鉴别；请求鉴别是由少年院、地方更生保护委员会、保护观察所等机构洽请少年鉴别所协助办理的鉴别；一般鉴别是除上述三种鉴别之外，对于一般家庭、学校请求对其子女、学术所实施的鉴别。[②]

受日本少年法影响，我国台湾地区也是进行审查调查后收容至观护所之程序，但对“风险评估”以“调查分类”代之，即通过科学化鉴别与分类后，对新收入狱服刑人施以不同层级的戒护管理与处分措施。目前，台湾少年观护所分设鉴别、教导及总务三组。据《少年观护所设置及实施通则》第6条规定，“鉴别组掌理少年个案调查事项，少年心理测验事项，少年指纹、照相等事项，少年处分建议事项，少年社会环境协助调查事项以及其他鉴别事项”。

（二）未成年人审前拘留面临的挑战与变革

1. 未成年人审前拘留面临的争议及挑战

审前拘留作为少年司法最具有特色的历史遗产的同时，也招致各方面批评与挑战，特别是涉及对其合法性与人权保护的争议。以美国“夏尔诉马丁”（*Schall v. Martin*）一案为例，其涉及对未成年人实施预防性拘留是否合宪的争议。

---

① Austin, James, Kelly Dedel Johnson, and Ronald Weitzer. (2005). Alternatives to the Secure Detention and Confinement of Juvenile Offenders. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.6.

② 参阅卢秋生：《少年犯之处遇问题与对策》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正：问题与对策》（第二版），台北：五南图书出版公司1997年版，第251—252页。

【案例四十一】

1977 年 12 月 13 日，格雷戈里·马丁(Gregory Martin)被逮捕，并被指控涉嫌一级抢劫罪、二级伤害罪及非法携带武器罪。事发当晚，在警方发现马丁涉嫌不轨行为后，马丁百般抵赖，且拒不交待其居所。时年，马丁十四岁，因年龄尚小而受纽约家事法院(New York's Family Court)管辖。据《纽约家事法院法》(*New York Family Court* Act)320. 5(3)(b)款规定，法官认为马丁携带上膛枪械、提供虚假住址及夜不归宿等表现显然不当，系属家长管教不力所致，故而需将其予以拘留。5 天后的“相当理由听证”(probable cause hearing)表明上述指控证据确凿，法官在随后的“事实发现听证”(fact-finding hearing)中对其中的抢劫罪与非法携带枪械罪指控认定成立。最后法院判处对其缓刑两年。此间，马丁总共被羁押 15 日。

马丁对此不服，向联邦地区法院提起“人身保护令”之诉，主张 320. 5(3)(b)款违反联邦宪法第十四修正案中有关正当程序条款的规定，应属无效。联邦地区法院采纳其请求及理由，并要求释放所有此类在押人员。联邦上诉法院同样持支持态度，认为绝大多数因该法而被拘留的未成年人案件或在庭审前销案，或在庭审后获释，因而预防性拘留的目的并不在于预防未成年人犯罪，而在于惩戒那些尚未受审的未成年人，故此法案对于未成年人而言违宪。

详细分析案情后，联邦最高法院撤销了联邦地区法院的判决，认定由 320. 5(3)(b)款所实施的未成年人预防性拘留并未违宪。首先，该法案下的预防性拘留合法，目的在于吓阻涉案少年、使社会免再受审前犯罪之虞，这并不违反第十四修正案中规定的正当程序之“根本公平性”(fundamental fairness)。联邦最高法院的判决认为，审前拘留并不因未成年人在后续程序中释放或受惩缓刑而带有惩罚性质。其次，《家事法院法》已为未成年人审前拘留提供较系统完善的程序保护。在任何拘留决定作出之前，未成年人都可获得包括告知、听证及事实与理由陈述等保护性措施对待。

若事实发现听证未能在3日内举行，则正式的相当理由听证须尽快举行。因此，联邦最高法院认为，不能一味以偏概全将小部分有瑕疵的拘留视为危险。且拘留后程序(post-detention procedures)，包括人身保护令、上诉及申诉动议等亦为逐案矫正过失拘留提供了程序上的保障。①

1955年8月30日，第一届联合国防止犯罪和罪犯待遇大会通过《囚犯待遇最低限度标准规则》(*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*)。这是联合国关于监狱问题的最系统和最详尽的重要法律文书。该规则提出了一系列具有人道主义的基本理念，其中第85条第2款规定，“未经审讯的青少年囚犯应同成年囚犯隔离，原则上应拘留于不同的监所”。②《联合国保护被剥夺自由少年规则》第17条约定，“应将未审讯的拘留者与已判罪的少年分隔开来”。尽管如此，仍有许多国家出于各种考虑而将未成年犯与成年犯共同羁押。以美国为例，每年约有10万左右的未成年人被关押在成年犯看守所。③ 未成年人拘留所早已人满，1990—1999年十年间，全美涉及未成年人拘留的案件攀升了11%，达到创纪录的33,400起。④ 为拘留这些未成年人所需花费不菲，2003年仅得克萨斯州在每位问题少年身上便支出4万2千美元。⑤

“9·11”恐怖袭击事件后，许多国家在反恐中采取审前拘留，特别是美国在古巴关塔纳摩基地，以审前拘留为名强制羁押恐怖分子嫌疑人，因违反人权遭致广泛批评。虽然对打击恐怖势力起到一定作用，但并不能排除警方以“反恐”之名行破坏法治之实。2003年9月18日，联合国《秘书长关于人权捍卫者问题的特别代表按照大会第57/209号决议提出的报告》第29条

---

① Schall v. Martin, 467 U.S. 253 (1984).

② 《囚犯待遇最低限度标准规则》中、英文版分别使用“青少年”与“young”互通，但严格意义上来说两者仍存在一定区别：从词义考究来看，“young”通常指个人发展的早期阶段。

③ 马跃：《美国刑事司法制度》，北京：中国政法大学出版社2004年版，第449页。

④ Harms, Paul. (2003). Detention in Delinquency Cases, 1990-1999. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.1.

⑤ Liss, Steve. (2005). No Place for Children: Voices from Juvenile Detention. Austin, TX: University of Texas Press. P. xii.

指出,“根据安全立法条款进行逮捕、预防性拘留和起诉的方式往往限制了人权捍卫者接触那些根据此种法律被逮捕和拘留的人,也无法获得说明逮捕这些人以及将对其提出起诉的理由的资料”。第30条继而又指出,“预防性拘留措施使当局能够长时间拘留被怀疑对公共秩序或国家安全构成威胁的个人而不打算就这些罪行对他们提出起诉。有时,根据安全条款逮捕一个人所依据的证据可以完全和部分保密。这些状况使人权捍卫者极难证实逮捕是否合法、与拘留条件有关的人权是否受到尊重,并难以确保被拘留者获得适当的法律辩护”。这样的警示也同样适用于未成年人审前拘留。

2. 未成年人审前拘留的替代性措施

《北京规则》特别提醒应重视在审前拘留期间“犯罪污染”对少年的危害性,敦请各国“审前拘留应仅作为万不得已的手段使用,未成年人不应被关押在易受成年被拘留者不良影响的设施中,并始终应考虑到他们发育成长阶段所特有的需要”,强调需要采取替代性措施极为重要。《北京规则》第13.2条又约定,“如有可能,应采取其他替代办法,诸如密切监视、加强看管或安置在一个家庭或一个教育机关或环境内”。《东京规则》第6.2条要求,“应尽量在早期阶段采用替代审前拘留的措施”。《联合国保护被剥夺自由少年规则》第17条也约定,“被逮捕扣押的少年或待审讯(‘未审讯’)的少年应假定是无罪的,并当作无罪者对待。应尽可能避免审讯前拘留的情况,并只限于特殊情况。因此,应作出一切努力,采用其他的替代办法”。

近年来,随着未成年人人权保障意识的不断提升,越来越多的国家及地区更多探索并运用各种不同形式的审前拘留替代措施。在美国,除了传统拘留外,各州尚建有居家拘留(home detention)、监督项目(supervision program)、当天汇报中心(day-reporting center)等替代性拘留形式。这些替代性措施除了带有预防性留置作用外,还有未成年人矫正功能。1992年,美国安妮·凯西基金会(Annie E. Casey Foundation)发起“未成年人拘留替代倡议”(Juvenile Detention Alternatives Initiative,简称JDAI),意在敦促那些被卷入少年司法体系的少年都有机会成为健康而富有创造力的成年人。该倡议着眼于减少未成年人拘留的适用,因为少年往往被不必要或不适当地扣留,这对公共安全和青少年的长期持久发展都会带来这样或那样的消极后果。基于上述认识,JDAI主张改变既定做法、程序与政策,具体动议包

括:减低对设防羁押之依赖(reduce reliance on secure confinement)、改善公共安全(improve public safety)、减少种族差异与偏见(reduce racial disparities and bias)、节省纳税人之负担(save taxpayers' dollars)与推动少年司法之整体改革(stimulate overall juvenile justice reforms)。现在全美共有21个州和哥伦比亚特区的80个JDAI项目正在运作。①

尽管形式各异,但毫无异议的是JDAI所追求的八项核心价值:首先,是相互协作,这是指主要少年司法机构、其他政府实体和社区组织间的协作。没有协作,即便是精心设计的改革也有可能陷入泥潭或者被颠覆。因而,安妮·凯西基金会认为在正式架构内进行联合规划和决策至关重要。其次,使用正确数据,无论对诊断系统问题还是评估各项改革先后顺序都至关重要的。缺乏确凿事实,各种流言蜚语将充斥少年司法制度,并排除达成协议的关键政策和做法。再次是制定客观标准和手段,以取代主观标准,使得所有少年设防拘留的决定都有据可查。第四,是实施新的或加强原有的非设防替代拘留(non-secure alternatives to detention),以增加对被逮捕少年的适用选择。第五,是必须引进案件处理改革,以加快案件在未成年人拘留程序中的流转速度。这些改革可减少羁押时间,扩大非设防羁押适用,并确保对少年的干预是及时和恰当的。第六,是特殊案件处理(special detention cases)应当谨慎。对因缓刑违反、司法令状违反以及等待安置的未成年人案件必须重新审查,并结合新的实践加以落实,以尽量减少他们在设防拘留所的期限。第七,是减少适用中存在的族裔差异,旨在消除因肤色不同而产生的偏见,以确保公平的司法环境。第八,是改善拘禁条件,由专业人员定期就有关设施与设备以较高行业标准例行检查。② 经过近二十年的创新和推广,"未成年人拘留替代倡议"已成为全美最有效且有广泛影响的少年司法改革措施之一。

---

① The Annie E. Casey Foundation. (2007). Juvenile Detention Alternatives Initiative. Retrieved December 23, 2007, from http://www.aecf.org/MajorInitiatives/JuvenileDetentionAlternativesInitiative.aspx.

② The Annie E. Casey Foundation. (2007). Juvenile Detention Alternatives Initiative. Retrieved December 23, 2007, from http://www.aecf.org/MajorInitiatives/JuvenileDetentionAlternativesInitiative.aspx.

四、我国未成年人审前拘留存在的主要问题及建议

（一）我国未成年人审前拘留存在的主要问题

1. 未成年人审前拘留的性质认定及法律地位尚不明晰，与审前羁押、逮捕等术语纠结不清

目前“未成年人审前拘留”在我国的具体适用状况尚不得而知，原因甚多，但对这一外来概念的翻译与理解直接影响到了其性质认定与法律定位。

首先，对于“pretrial detention”一词的汉译，大陆学者大都将其译为“审前羁押”。如有学者认为，“英美法通称 pre-trial detention，直译就是‘审判前的羁押’”，①类似译法在许多国际公约的中文版中比比皆是。尽管中英文语境下“审前拘留”含义略有差异，但将“pretrial detention”译为“审前羁押”似有不妥。实际上，更类似中文语境“审前羁押”的英文疑为“pretrial incarceration”。即便按图索骥，在我国刑事诉讼法的英文版中，将“拘留”及“羁押”分译为“detention”及“（taking/holding） in custody”。《北京规则》的汉译版也将“pretrial detention”译为“审前拘留”。

除了翻译上的差错外，司法实践中对审前拘留、审前羁押及逮捕等术语纠结不清。大陆地区刑事诉讼中，审前羁押既涵盖拘留、逮捕等刑事强制措施及劳动教养等变相行政羁押措施，也贯穿拘留、逮捕、审查起诉到起诉四个不同阶段。其中，“逮捕环节与其最为密切”。由此而来，甚至有人错误地将“审前羁押率直接界定为逮捕率”。② 需要说明的是，台湾地区曾经有对流氓的警察拘留，但现行刑事诉讼中已不再有“拘留”概念；其“羁押”等同于“拘留”。所谓“羁押”，在台湾刑事法学者林山田看来系指“在刑事程序中，拘束犯罪嫌疑人或被告之人身自由，而将其拘禁于一定处所，使其在刑事程序中，得以始终在场，以确保刑事程序之顺利进行之强制处分”。③

---

① 孙长永：《侦查程序与人权——比较法考察》，北京：中国方正出版社 2000 年版，第 191 页。

② 北京市海淀区人民检察院课题组：《未成年人审前羁押状况调查》，载《国家检察官学院学报》2010 年第 4 期，第 132 页。

③ 林山田：《刑事程序法》（第四版），台北：五南图书出版公司 2001 年版，第 290 页。

因令状主义属法官权限，检察官仅能申请法官发令状，这与大陆地区有很大不同。

2. 未成年人审前拘留的适用条件、对象及范围过于笼统，缺失司法审查制度制约

刑事诉讼法并未明确对未成年人实施拘留的程序，加之司法实践中常常将未成年人审前拘留与未成年人审前羁押混而为一，模糊了两者的适用条件、期限、范围及强度。根据刑事诉讼法规定，对未成年人刑事拘留完全由公安机关自行决定，未成年人只能被动地接受暂时剥夺其人身自由的强制措施的决定。

1988 年 12 月 9 日联合国大会通过的《保护羁押或监禁人的原则》指出，"羁押不仅要严格按照法律的规定，而且只能够由有法律资格的官员或被授权的人执行"、"受到刑事指控的被羁押者应当被及时地带到法官面前或其他被授权行使司法权的官员面前"。[①] 这里谈及的"被及时地带到法官面前或其他被授权行使司法权的官员面前"实际上有在一定条件下进行拘留听证的内在要求。我国现行刑事诉讼中，对未成年犯罪嫌疑人的拘留审查及批准过程均在公安机关内部完成，且并未规定司法审查意义上的审前拘留听证制度。

3. 未成年人审前拘留的羁押期限过长，缺乏针对未成年犯罪嫌疑人的特殊规定

一如成年人，未成年人犯罪嫌疑人所面对的审前拘留具有羁押期限不确定的问题。依现行《刑事诉讼法》规定，对被拘留的犯罪嫌疑人，公安机关在拘留后 3 日内提请检察机关审查批准逮捕。特殊情况下，提请批准逮捕时间可延长 1 至 4 天。但对于"流窜作案"、"多次作案"、"结伙作案"的"重大嫌疑分子"，提请审查批准的时间可以延长到 30 日。换言之，公安机关一旦将未成年犯罪嫌疑人予以刑事拘留，有权将其连续羁押至 37 日，举世罕见。此外，对于不讲真实姓名、地址、身份不明的犯罪嫌疑人，侦查羁押期限之起算日期可以推至查清其身份之日，如此一来，总的羁押期限就变

① 转引自陈光中、丹尼尔·普瑞方廷主编：《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》，北京：法律出版社 1998 年版，第 191—193 页。

得更加遥无终期。

这样模棱两可的规定在侦查、起诉及审判阶段均不乏其例，加之与逮捕的并行使用，加大了羁押期限的不确定性。据统计，“犯罪嫌疑人、被告人从拘留到一二审判决，可能的羁押期限最高可达600多日”。[①] 这不利于未成年人犯罪嫌疑人的特殊保护：其在看守所时间愈长，接受犯罪交叉感染的概率愈高。

4. 未成年人拘留的决定、执行缺乏有效监督与制约，被拘留者合法权利的保护多有缺失

对于刑事拘留这一严重限制人身自由的强制措施，现行法律尚无具体明确的监督程序，缺乏对包括未成年人在内的犯罪嫌疑人人权保障，于是，司法实务中出现许多诸如刑讯逼供、虐待体罚等也就不足为奇。

目前，检察机关对公安机关实施的针对未成年人的刑事强制措施的监督程序，主要集中在立案监督、申诉处理、批准逮捕及审查起诉等方面。但受限于各方面的制度原因，检察机关在侦查阶段、审前拘留程序的决定和执行方面都缺乏有效的监督和制约，难以发挥应有的作用。

（二）完善我国未成年人审前拘留的建议

1. 界定未成年人审前拘留的法律属性，完善、细化有关规定

审前拘留与审前羁押、逮捕属于不同的概念，应将未成年人审前拘留与未成年人审前羁押明确加以区分，分门别类，适用不同标准和条件。正如我国台湾刑事诉讼法学者所指出的，“羁押的法律规定与现实性，被认为是一个国家的法律政策气氛与国家文化的‘地震记录器’”。[②] 作为审前程序，未成年人审前拘留牵扯面甚多，对未成年人的合法权益保障应涵盖审前拘留决定、执行、变更、救济与监督等过程始终。

（1）进一步明确未成年人审前拘留的适用条件与程序

基于无罪推定的原则精神，对未成年人犯罪嫌疑人应尽可能采取非羁押措施，适用审前拘留应属例外措施。《公民权利和政治权利国际公约》第

---

① 李泽新：《羁押性强制措施的适用与改造》，载《检察日报》2007年9月21日。

② 转引自唐亮：《中国审前羁押的实证分析》，载《法学》2001年第7期，第30页。

9条第1款规定,“除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由”。有鉴于此,未成年人审前拘留的适用条件应比成年人从严把握。现代法治国家里,“无理由之拘留”(incommunicado detention)是无法想象的。对于未成年犯罪嫌疑人,对其拘留的理由应严格贯彻“拘留必要性”原则,亦即非拘留不能确保其不致再行犯罪,湮灭、变造证据或串供,以及随传随到特别是准时出庭。拘留理由消灭时,应即撤销拘留并释放未成年人。执行拘留时,应注意未成年犯罪嫌疑人的身体及名誉,所实施强制措施的强度应以不超出反制未成年人反抗为必要限度。

针对不同未成年人的涉嫌罪名及刑事侦查进度,本着正视现状、尊重司法规律及国际惯例的务实精神,我们建议对未成年人审前拘留分别采取紧急拘留与司法审查拘留两类予以处理,以前者为主、后者为例外。对于正在实行犯罪或犯罪实施终了、被发现的未成年犯罪嫌疑人,公安机关可在一定条件先行紧急拘留,并立即通知其父母或监护人到场。在向未成年人及其父母或监护人告知涉嫌罪名、诉讼权利及获其允诺配合进一步调查后,公安机关对“明显没有拘留必要性”的未成年人,应允许其父母或监护人将其领回。若无法寻找到其父母或监护人,或前者不愿意或无能力承担相应责任,警方可继续拘留未成年人直至司法听证之时。根据案件具体情况、结合未成年人父母或监护人配合状况进行考虑后,公安机关也可对未成年人变更强制措施,采取监视居住、取保候审等非羁押性措施。对于极个别需超期拘留的,应当举行司法听证,其适用标准仍在于保护未成年人、防卫社会免受未成年人进一步不法行为侵害及确保未成年人随传随到特别是准时出庭。

在拘留过程中,应确保未成年人父母或监护人的知悉权,在未成年人被警方拘留后应及时通知其父母或监护人(parent notification),并允许为其辩护。我们建议将现行《刑事诉讼法》第64条修订为“拘留未成年人后,除无法通知的情形以外,应当把拘留的原因和羁押的处所,在二十四小时以内,通知其父母或监护人”。即将原条文“除有碍侦查或者无法通知的情形以外”中之“有碍侦查”删除,以增加未成年人父母或监护人的知情权。

未成年人犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉及控告。若未成年人家境窘困而无力聘请律师,法院应当为其指定律师。此外,经法院允许,未成

年人可请有关证人为其在听证会上作证。

(2)严格限定未成年人审前拘留的羁押期限

针对未成年人的特殊身心特点,对其实施的拘留期限不宜过长,一般以24小时为限,如无延长拘留必要,公安机关应解除拘留并通知未成年人父母或监护人将其领回家或变更为非羁押性措施。对于拒不告知真实姓名、案情特别复杂等特殊情况,未成年人审前紧急拘留的羁押期限可适当延长48至72小时,但须报请上级公安机关批准并同时报送检察机关备案。对于羁押超过72小时以上的拘留,应当在羁押期限到期24小时之内举行司法听证。若法官许可延长羁押,该羁押可延伸至庭审之日,直至正式宣判。

2. 建立健全未成年人审前拘留的司法审查,确立拘留听证制度

对未成年人的审前拘留,各国多规定了由中立法官所主持的拘留听证制度与之配套适用。在参酌国外相关立法后,我们建议,在公安机关对特定未成年人实施72小时以上拘留时,法院应及时进行拘留听证,这也是对目前居高不下的逮捕率及羁押期限过长的反制措施之一。在听证过程中,未成年犯罪嫌疑人与公安机关就拘留必要性作出说明;未成年人父母或监护人就该未成年人的品行与其在家表现进行情况说明,并表明是否愿意担保未成年人被解除拘留后的行为符合相关规定;学校及社区代表就未成年人的品行及在校表现作出客观性说明,及是否愿意承担一定的监管责任等等。对于法官而言,在听取上述关系人所提出的意见或建议后,他需认真考虑这样一些问题:该未成年人是否涉嫌刑事犯罪;之前是否有违法或犯罪记录;若不采取拘留,其可能不会出庭受审甚至脱逃;若不采取拘留,其可能威胁到证人、被害人与其他人等安全;其父母、监护人、学校或社区是否愿意承担相应监管责任。之后,法官最后考虑的是若对未成年人继续予以拘留,是否符合"儿童利益最佳原则"与"防卫社会"的双重目的。若法官不同意继续予以拘留,警方应于听证会后立即释放未成年犯罪嫌疑人。法官也可裁定变更强制措施,警方应于听证会后立即执行。

该审前拘留听证的参与人除了未成年人及其父母外,还应邀请未成年人所在学校或社区代表参加,由法院主持,检察院侦查监督部门应派员参加并发表意见。

3. 增强未成年人审前拘留的法律监督，强化违法责任及救济措施

我国《刑事诉讼法》第8条规定，“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”。《公安机关办理刑事案件程序规定》第6条规定，“公安机关进行刑事诉讼，接受人民检察院的法律监督”。这些都为检察机关开展公安机关实施未成年人审前拘留进行法律监督提供了法律依据。总的来说，检察机关对未成年人审前拘留行使法律监督权，主要体现在对公安机关的侦查活动进行合法性监督。这些合法性监督既包括对未成年人拘留的适用对象、程序、羁押期限的合法性监督，也包括对不应予以拘留而拘留的、应予拘留而未拘留的涉及拘留适用条件的合法性监督，还包括对被拘留少年在看守所等羁押场所合法权利行使的合法性监督。此外，检察机关的监督还应涵盖对拘留听证的合法性监督。

具体来说，首先，在巩固全面审查报请批捕材料及证据以发现未成年人审前拘留问题的现有制度下，检察机关应主动介入公安机关对某些涉及未成年人的恶性犯罪的侦查活动特别是拘留决定讨论，并适时发表意见。其次，创新未成年人审前拘留的决定备案制度，即要求公安机关在作出拘留决定后，必须将有关证据及文书同时报送检察机关侦查监督部门备案，做到同步监督，及时发现和纠正公安机关对未成年人的违法拘留。再次，检察机关在出席拘留听证发表意见的同时，应全程对听证实施监督。而且，检察机关还应注意发挥其在监所检察的监督效果，加强对羁押期间未成年人合法权利的保障，建议在刑事诉讼法增加，“未成年犯罪嫌疑人被审前拘留后，对看守所相关处分认为不当时，可向驻所检察官提起申诉”。此外，在发现或接到反映、举报公安机关有关办案人员在实施未成年人审前拘留期间有贪赃枉法、徇私舞弊、以权谋私、刑讯逼供或其他损害未成年犯罪嫌疑人合法权益时，检察机关应立案并开展调查。情况属实、构成犯罪的，可移交检察机关侦查部门进一步侦查，并以“检察建议”等形式督促涉案公安机关切实整顿。

4. 探索、创新及完善未成年人审前拘留的替代措施

目前，包括未成年人在内的拘留率居高不下，占用了相当比例的司法行政资源，应探索并扩大非羁押性替代措施在未成年人案件中的适用，以达到司法资源优化配置的效果。传统刑事强制措施包括拘留、逮捕等羁押性强制措施，也包括取保候审、监视居住等非羁押性强制措施，目的殊路同归，都

是为了防止被羁押对象继续犯罪、危害社会、逃避或妨碍侦查起诉和审判，以保证刑事诉讼顺利进行。我们建议，针对未成年人特殊的生理及心理特质，对未成年犯罪嫌疑人可探索采取电子监控、居家拘留等非羁押性强制措施，特别是取保候审形式；只有对情节较重的未成年犯罪嫌疑人考虑适用审前拘留，以更好地达到预防和矫正的目的。

第三节 未成年人起诉与未成年人检察专门化

一个自由民主的社会要持续存在，就必须承认正义是建立在法律基础之上的。而法律的基础上尊重个人的尊严以及个人通过理性指导而获得的自治能力，在此基础上建立的法律才有可能主持正义。因为只有通过这样的法律，个人的尊严才能得以尊重和保护。如果没有法律，个人的权利将沦为强权的奴婢，法律的尊严将遭受践踏，而理性的自治也将成为幻想。①

——《美国律师协会职业责任规范》②

一、未成年人检察概说

（一）未成年人检察制度的概念与内容

作为国家法治不可或缺的组成部分，检察制度在各国公诉中起着不可替代的作用。我国刑事诉讼法学者卞建林认为，检察制度是指国家设立专门机关代表国家检控违法犯罪以督促法律实施的制度，是对一个国家检察机关的性质、任务、职权、组织体系、活动原则以及各项工作制度的总称，并构成国家政治制度的重要组成部分。③ 应该说，这个概念对检察制度的性

---

① 转引自［美］肯尼斯·基普尼斯著，许文俊译：《职业与公义——美国的司法制度与律师职业道德》，南京：东南大学出版社 2000 年版，第 14 页。

② 原译文如此，疑似为《美国律师协会职业操守模范规则》（American Bar Association Model Rules of Professional Conduct）。

③ 谭世贵主编：《中国司法制度》，北京：法律出版社 2005 年版，第 114 页。

质、内容和重要性作了较好的总结。本书作者认为，所谓未成年人检察制度又称少年检察，系指未成年人犯罪的刑事检察与监所检察、身份过错的检察以及涉及未成年人合法权益的民事行政案件检察的工作制度总称，为少年司法制度的重要组成部分。至于身份过错犯的控诉，因更多涉及民事程序，许多国家由未成年人父母或监护人、学校、警方以及社会福利机构提起。

在我国，检察制度包括自行侦查制度、立案监督制度、侦查监督、公诉制度、审判监督与刑罚执行和监所监督制度。在上述基础之上，《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》增加了八项制度与措施：案件进展情况告知制度；专门办理制度；严格的审查逮捕制度；审查起诉中的亲情会见制度；明确了可以适用不起诉制度的各项情形；对未成年人与成年人共同犯罪案件，一般实行分案起诉制度；增加了社会调查制度；以及规定了诉讼监督的具体措施。这些具体制度与措施构成了当前和今后相当长一段时间内未成年人检察制度的主要内容。在我国未成年人检察制度的诞生地——上海，二十年多来已相继推出了诉前考察制度、创建外地未成年人观护点和异地帮教制度、合适成年人参与讯问制度、心理测试制度等十多项适合未成年人案件特点的检察工作制度。① 与少年法院和未成年人矫正相仿，未成年人检察制度是新兴的少年司法体制的主要组成部分，加上我国检察权属于司法权这一特殊性质，未来未成年人检察的构建仍任重道远。

（二）中外未成年人检察制度的沿革

1. 美国未成年人检察的沿革

在美国——少年司法诞生地，其未成年人检察制度的建立、发展与完善历经漫长的演变过程。直至19世纪末，问题少年在刑事（成人）法院受审，检察官在其中所扮演的角色与其检控成年被告人无异。随着民权特别是未成年人保护意识的提高，检察官在处理未成年人的方式及方法上有了潜移默化的改变。尤其是进入19世纪初，陪审团否弃（jury nullification）在对被起诉少年的无罪宣

---

① 施坚轩、王宝来：《诉前考察、异地帮教、心理测试，上海创新未成年人检察制度》，载《文汇报》2007年4月18日。

判中扮演了重要角色。所谓"陪审团否弃"系指陪审团宣告表面有罪的被告无罪,而不论证据多寡的一种刑事程序。这一做法有时会导致未成年被告人免于刑事处罚,这样常常使得检察官们郁闷异常,却又无可奈何。①

在非对抗制诉讼模式之下,美国少年司法早期往往缺失担负检控责任的检察官,也同样缺乏担负辩护职能的律师。大多数情形下,警方肩负向法院直接指控不法少年的责任。一些警局甚至专门有负责与法院联系的警官,这些人实际上承担了检察官的职能。② 直到20世纪60年代,对涉法少年的诉状通常由发起诉求的人士来宣读,或由法庭监护人员或法官宣读。③在缺乏检察官与律师的普遍参与下,未成年被告人的宪法性诉讼权利特别是联邦宪法第四宪法修正案权利④被有意或无意地忽视了。

到了20世纪60、70年代,联邦最高法院通过"肯特诉合众国"(Kent v. United States)⑤、戈尔特案(In re Gault)⑥及温士普案(In re Winship)⑦等一系列判例认为,尽管少年法院因性质特殊而可实行与刑事(成人)法院有所不同的程序,但是一些最基本的正当程序还是应该贯穿诉讼始终。既然被指控的未成年人有律师辩护权,大多数司法区便顺理成章地确定检察官在少年司法中的存在与作用。⑧ 联邦最高法院在戈尔特案中的裁决特别指出,检察官系原告利益的代表或代理人。⑨ 通过检察官与律师在法庭上的

---

① Shepherd, Robert. (1999). The Juvenile Court at 100 Years: A Look Back. Juvenile Justice. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

② Mays, Larry, and Thomas Winfree. (2006). Juvenile Justice (2nd edition). Long Grove, IL: Waveland Press. p. 143.

③ [美] Peter Kratsoski & Lucille Dunn Kratcoski 著,叶希善等译:《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版),中国轻工业出版社2009年版,第261页。

④ 联邦宪法第四宪法修正案规定,"人民保护其人身、住房、文件和财物不受无理搜查扣押的权利不得侵犯;除非有合理的根据认为有罪,以宣誓或郑重声明保证,并详细开列应予搜查的地点、应予扣押的人或物,不得颁发搜查和扣押证"。

⑤ Kent v. United States, 383 U.S. 541(1966).

⑥ In re Gault, 387 U.S. 1(1967).

⑦ In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

⑧ Mays, Larry, and Thomas Winfree. (2006). Juvenile Justice (2nd edition). Long Grove, IL: Waveland Press. p. 144.

⑨ [美] Peter Kratsoski & Lucille Dunn Kratcoski 著,叶希善等译:《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版),中国轻工业出版社2009年版,第262页。

抗辩诉讼,未成年被告人的相关宪法性诉讼权利方得以伸张和实现。这也被视为美国少年司法刑事化或成人化之始。在这些案件审结后,美国检察官在未成年人案件中的身影随处可见,且频率愈来愈高,并最终促使检察官取得了对未成年人检察的控制权。

20世纪80年代中期至90年代中期,是美国犯罪率攀升最为严重的时期之一,未成年人所参与的各类严重刑事案件层出不穷,美国少年司法政策面临转轨的沉重压力。犯罪学家约尔·萨马哈(Joel Samaha)认为美国少年司法亟待解决这样五个热点问题,即单个未成年人之需求与权利和社会之需求与权利间的平衡、少年司法机关范围之界定、少年司法程序、各类少年计划之效果、程序与矫正少年之改革。[①] 与前次注重保障与扩张问题少年的宪法权利不同,此次少年司法改革全力限制其权利,调整意义深远。主要内容涵盖这样四个方面:移送问题少年至刑事(成人)法院受审、不公开处理原则的松动、检察官在未成年人犯罪案件中角色的提升以及案件审理结果的"硬化"(toughening)。[②] 检察官乘势而上,继续扩大其在少年司法特别是未成年人检察中的发言权。以得克萨斯州为例,仅1997年,全州各级检察机关独立或通过少年法院办理6,301起"暂缓起诉"(deferred prosecution)[③]案件及22,641起缓刑令,加上附条件释放等其他类型案件共监管63,407起未成年人案件。[④] 随着美国少年司法及检察制度的逐渐成熟,美国各级检察机关在少年司法中扮演着越来越重要的作用。目前,美国未成年人检察制度主要存在于州与地方检察机关。除了专设的少年监控处

① Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.491.

② National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Justice Guidelines: Improving Court Practice in Juvenile Delinquency Cases. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.17.

③ 在得克萨斯州,针对未成年人的"暂缓起诉"(deferred prosecution)系指未成年人及其父母、检察官以及未成年人缓刑部门均就缓刑适用条件达成一致意见而采取的替代法院裁判的自愿措施。暂缓起诉期限最长可达6个月。一旦未成年人违反缓刑适用的任一条件,检察官可选择提请法院裁判相关案件。

④ Texas Juvenile Probation Commission. (1998). Texas Juvenile Probation Statistical Report: Statistical and Other Data on the Juvenile Justice System in Texas for Calendar Year 1997. Austin, TX: Texas Juvenile Probation Commission. p.4.

外,不少地区检察院(District Attorney's Office)①内设的反家庭暴力处也实际承担着部分少年检察的工作。

美国明尼苏达州达科他郡检察官詹姆斯·巴克斯托姆(James Backstrom)在其《扩大检察官在少年司法系统的作用》(*Expanding Role of the Prosecutor in Juvenile Justice*)一文中认为:进入新世纪以来,尽管美国检察官仍肩负着少年法院"看门人"的重任,但其作用已大不如前。就传统未成年人检察而言,检察官主要决定是否向少年法院呈请问题少年以及是否向刑事(成人)法院移送并起诉问题少年。而今天检察官不但要完成这些烦琐的业务工作,且还必须在其他方面有所作为。在巴克斯托姆看来,检察官应走出三尺办公室步入社区之中,与普通公众、学校及教会打成一片,以更有效预防犯罪。他总结了目前与将来一段时间内美国检察官的职权与服务范围,包括:检察官乃正义以及被害人与社区价值观之倡导者、检察官乃谈判与安置之鼓吹者、检察官应参与社区的发展工作以解决未成年人犯罪问题三项内容。②

随着少年法院证据标准的提高及正当程序的引入,美国未成年人检察在理念上常常面临维护社会公益及儿童福利冲突的两难境地。《全美检察准则》(第三版)(*National Prosecution Standards 3rd edition*)第4—11.1条强调检察官之主要职责在于追求正义,并全面准确地代表州的利益。尽管确保社区及被害人之安全及福利为检察官主要关切点,但检察官在不与前者过度妥协前提下亦应尽可能考虑儿童之特殊利益及需要。③ 这均体现出较浓郁的"社区检察"(community prosecution)特征,强调检察官应摆脱传统检察理念与模式的束缚,以积极的态度来参与未成年人犯罪与偏差的社区预防。

2. 我国未成年人检察的沿革

伴随清末沈家本变法,我国近现代检察制度因《大理院审判编制法》而走上历史舞台。对于在此之前我国历史上是否存在检察制度,学术界众说纷纭。尽管有学者认为御史、御史台、都察院等都可视为检察制度的初端,

---

① 尽管"District Attorney's Office"从词义上可直译为"地区检察官办公室",但为方便理解似译为"地区检察院"为妥。

② Backstrom, James. (2006). Expanding Role of the Prosecutor in Juvenile Justice. Dakota County, MN: Dakota County Attorney's Office.

③ National Prosecution Standards (2nd edition). §4—11.1.

但现代检察制度系舶来品无疑。1906 年，清政府颁布《大理院审判编制法》，“凡大理院以下各审判厅局均须设有检察官，其检察局附属该衙署，于刑事有提起公诉之责，检察官可请求用正当之法律，监视判决后正当施行”。次年，清政府又仿照日本司法制度设立检察厅制度，标志着现代检察制度的初步建立。晚清检察机关的主要职权包括：提起刑事公诉；收受诉状，请求预审及公判；指挥司法警察官逮捕犯罪人；调查事实，收集证据；充当民事案件的诉讼当事人及公益代表人；监督审判，纠正违误以及监视判决执行。① 之后，检察制度又历经南京政府、北洋政府以及国民政府等时期，不断有革新主张，但自始至终未能出现专门的未成年人检察制度。

新中国成立后，百废待兴，检察制度的发展一波三折，甚至在文革期间还曾被中止。一直到 1986 年以上海市长宁区检察院在起诉科成立“少年案件起诉组”为契机，我国未成年人检察制度才迎来迟到的春天，这也被视为我国未成年人检察制度建设的起点。1991 年，该院率先将少年案件起诉组从起诉科剥离出来，成立了具有独立建制的少年案件起诉科；1994 年又正式成立集未成年人刑事案件的批捕、起诉、考察、预防等工作于一体的未成年人案件刑事检察科。

2005 年 8 月 24 日通过的《最高人民检察院关于进一步深化检察改革的三年实施意见》第 20 条要求，在检察机关实行未成年人犯罪案件专人负责制，有条件的地方逐步设立办理未成年人犯罪案件工作机构。2009 年，广西南宁市兴宁区人民检察院在广西率先成立“未成年人检察科”。可以预见的是，未来若干年伴随着对检察制度的争议，未成年人检察制度也必然会遭遇阵痛，其理论与实践的探索将是坎坷不平的。

二、未成年人检察的机构设置与职权范围

（一）未成年人检察的机构设置与人员配置

1. 未成年人检察的机构设置

传统而言，美国未成年人检察的主要机构为郡市级地区检察院，承担着

① 孔璋：《中美公诉制度比较研究》，北京：中国检察出版社 2003 年版，第 3 页。

绝大多数未成年人案件的呈请及起诉工作。除了专设的少年检控处外，不少地区检察院内设的反家庭暴力处也实际承担着部分未成年人检察的工作。以得克萨斯州登敦郡为例，该郡设有登敦郡刑事地区检察院（Denton County Criminal District Attorney's Office）。该院设有上诉科、儿童虐待起诉科、民事科、家事科、重罪审判科、微罪科、收案科、调查科、特殊犯罪科、被害人援助科等科室，其中家事科又分为家庭暴力民事组、家庭暴力刑事组以及少年组。显然，上述科室大都或多或少承担着未成年人检察的具体检控工作。

就专司未成年人案件的检察官资格而言，《全美检察准则》（第三版）第4—11.3条指出，培训及经验对于处理未成年人案件至关重要，检察长应精挑细选出可胜任到少年法院出庭的检察官，挑选原则乃基于候选人的少年法知识、对未成年人事业的兴趣、教育程度及经验。[①] 美国犯罪学家拉瑞·梅斯（Larry Mays）与汤姆斯·温弗瑞（Thomas Winfree）特别提醒检察官在刑事（成人）司法与少年司法担负的不同角色，尽管由检察官处理的案件大都为对抗制性质的，但未成年人案件中检察官即便代表政府，也不得咄咄逼人。此外，检察院基本上都选派助理检察官出庭支持公诉，尤其是那些最年轻且最缺乏实务经验的初任检察官。在梅斯与温弗瑞看来，之所以作出这样的人事安排并非一时头脑发热，而是经过深思熟虑的，即经验越少的检察官对少年法院的破坏程度越为轻微。[②]

2. 未成年人检察的人员配置

《刑事司法系统中儿童问题行动指南》第24条要求，“与刑事司法系统在押儿童发生联系或负责这些儿童的所有人员，都应受到人权、公约各项原则和条款以及联合国其他少年司法标准和规范的教育和培训，作为其培训方案的一个组成部分”。《上海市人民检察院关于未成年人刑事案件审查起（免）诉工作细则（试行）》第3条规定，各级检察院应在审查起诉部门内设立未成年人刑事案件审查起诉组，配备政治、业务素质好，熟悉未成年人

① National Prosecution Standards (3rd edition), §4—11.3.

② Mays, Larry, and Thomas Winfree. (2006). Juvenile Justice (2nd edition). Long Grove, IL: Waveland Press. p. 144.

特点，善于做未成年罪犯思想转化工作的干部。第4条又具体要求，各级检察院应确定一名负责人分管未成年人案件审查起诉工作。2005年8月24日通过的最高人民检察院《关于进一步深化检察改革的三年实施意见》第20条要求，在检察机关实行未成年人犯罪案件专人负责制，有条件的地方逐步设立办理未成年人犯罪案件工作机构。《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第5条规定，“人民检察院一般应当设立专门工作机构或者专门工作小组办理未成年人刑事案件，不具备条件的应当指定专人办理，未成年人刑事案件一般应当由熟悉未成年人身心发展特点、善于做未成年人思想教育工作的检察人员承办”。

《北京规则》第22.2条规定，“少年司法工作人员的组成应反映出触犯少年司法制度的少年的多样成分，应努力确保少年司法机构中有合理的妇女和少数民族工作人员”。联合国第六届大会要求会员国确保给予从事刑事司法工作的妇女公正平等的待遇，并建议应采取特别措施，聘用、培训妇女从事少年司法工作并为其晋升提供便利。除了最高人民检察院出台有对未成年人犯罪起诉与审判方面的规定外，各地检察院也纷纷根据各地司法机关人员配置、知识水平与结构进行了一些有益的探索。例如在重庆，从2005年5月起，该市检察院在10家基层检察院进行未成年人起诉方式的试点改革。其内容方方面面，主要包括成立未成年人犯罪案件专案组、提倡女检察官承办、起诉前须听取律师意见、利于感化未成年人时可不起诉、建立结案后定期回访制度以及强化法律援助等。[①] 这些举措中最引人注目的便是提倡女检察官办案，虽然尚无实证研究表明前者与未成年人起诉有明显的关联，但用意良苦，即以女性特有的温柔、细致与耐心化解未成年人心中叛逆的“顽结”。

与欧美大多数国家司法制度迥然不同的是，我国检察机关并非行政机关，而与法院同属于司法机关。据《人民检察院组织法》第20条规定，最高人民检察院根据需要，设立若干检察厅和其他业务机构；地方各级人民检察院可以分别设立相应的检察处、科和其他业务机构。但《人民检察院组织法》尚未对未成年人检察机构是否设立以及应如何设立有明确规定。不

① 沈义：《重庆试点改革未成年人犯罪案件起诉方式——未成年人犯罪案件以女检察官承办为主》，载《法制生活报》2005年6月16日。

过,《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第5条规定,检察院一般应当设立专门工作机构或者专门工作小组办理未成年人刑事案件,不具备条件的应当指定专人办理。经过近30年摸索,目前基层检察院涉及未成年人刑事案件的工作多由侦查监督科、公诉科和监所科三个部门承担,条件成熟的也成立未成年人检察科。

尽管如此,相比刑事(成人)案件检察官,从事未成年人案件的检察官在经验、阅历及技能上仍有需要提高的空间。以美国为例,与刑事检察官相比,未成年人案件检察官普遍缺少办案经验。对于后者而言,投身未成年人检察工作不过是其从法学院毕业后的必经之路,为日后转向刑事案件打下铺垫而已。①

(二)未成年人检察的职权范围

除了对未成年人犯罪嫌疑人实施逮捕批准、起诉等决定外,我国各级检察机关还肩负另一项重要使命,即法律监督功能。从法律监督的内在需要出发,我国检察学者张智辉认为,检察机关应当具有调查权、追诉权、建议权以及法律话语权四个方面的具体权能。在他看来,这四个方面的具体权能构成检察权的基本要素。② 我国《人民检察院组织法》第1条规定,检察院是国家的法律监督机关。依《检察官法》第6条规定,检察官的职责为依法进行法律监督工作、代表国家进行公诉、对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查以及法律规定的其他职责。《人民检察院组织法》第5条规定,各级检察院行使下列职权:对于叛国案、分裂国家案以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件,行使检察权;对于直接受理的刑事案件,进行侦查;对于公安机关侦查的案件,进行审查,决定是否逮捕、起诉或者免予起诉;对于公安机关的侦查活动是否合法,实行监督;对于刑事案件提起公诉,支持公诉;对于法院的审判活动是否合法,实行监督;对于刑事案件判决、裁定的执行和监狱、看守所、劳动改造机关的活动

① Kupchik, Aaron. (2006). Judging Juveniles: Prosecuting Adolescents in Adult and Juvenile Courts. New York, NY: New York University Press. p. 34.

② 张智辉:《论检察权的构造》,载《国家检察官学院学报》2007年第4期,第40—46页。

是否合法实行监督。这些都或多或少与未成年人案件处理有关联。

近些年来欧美社区司法蔚然成风,除了社区警务与社区矫正外,社区检察(community prosecution)[①]也渐成气候。前述巴克斯托姆就检察官角色重塑的论述反映出美国未成年人检察的最新发展动向。源于维尔逊与柯灵的破窗理论,社区检察又称"社区导向检察"(community-oriented prosecution),其与传统检察的最大不同之处在于后者侧重于严重犯罪,前者则根生于对社区民众迫在眉睫的被害恐惧感的关切,而这些恐惧感往往不过是对轻微犯罪的恐慌罢了,与社区生活紧密相关。社区检察肇始于都市之中,随即向中小城市、乡村甚至印第安人部落发展。据美国检察官研究所(American Prosecutors Research Institute)2000年的一项调查表明,全美49%的地方检察署采用形式不同的社区检察;据美国司法统计局(Bureau of Justice Statistics)2001年的数据,68%的地方检察署采用不同于传统刑事检察的方法来应对社区问题。[②]

一般认为,社区检察包含三个核心要素,即积极参与社区内问题界定与解决方案的确定、检察官主导下的问题解决方式(prosecutor-led problem-solving)着眼于非传统执法以及与警方、学校、企事业单位建立合作伙伴关系。[③] 为实现社区的长治久安,社区检察官通过滋扰消减(nuisance abatement)、无毒品与娼妓区(drug-free and prostitute-free zones)、恢复性司法(restorative justice)、社区法院(community courts)、削减枪支(gun reduction programs)、消减逃学(truancy abatement)以及涂鸦清理(graffiti cleanup)等多种手段和形式施加影响,以改善周边安全。[④] 社区检察为检察官更积极、主动打击未成年人犯

---

① 仅从文字上看,"community prosecution"也有"社区起诉"或"社区公诉"之义,但从其词义可发现其摒弃传统公诉含义,而以积极态度应对社区中存在的数量众多的轻微刑事案件,实有犯罪预防趋向,故本书作者认为译为"社区检察"较妥。

② American Prosecutors Research Institute. (2007). What is Community Prosecution? Retrieved February 2, 2007, from http://www.ndaa.org/apri/programs/community_pros/what_is_community_prosecution.html.

③ Harp, Caren, Michael Kuykendall, Marcia Cunningham and Teresa Ware. Juvenile Delinquency and Community Prosecution: New Strategies for Old Problems. (2004). Alexandria, VA: American Prosecutors Research Institute. p. 3.

④ American Prosecutors Research Institute. (2007). What is Community Prosecution? Retrieved February 2, 2007, from http://www.ndaa.org/apri/programs/community_pros/what_is_community_prosecution.html.

罪与偏差提供了很好的模式,也为改革我国未成年人检察制度提供了难得的成功范本。

一般来说,专司未成年人案件的检察官拥有较广泛的职权,包括可拒绝起诉案件、出庭辩论、释放拘留所内的少年以及建议法院对某类问题少年作出特殊处理。仍以登敦郡刑事地区检察院为例,该院家庭暴力民事组主要职责在于为那些因家庭暴力而为“得克萨斯家庭与保护厅”(Department of Family and Protective Services)保护的少年寻找到永久家庭;家庭暴力刑事组则旨在将家庭暴力凶手绳之以法。至于少年组,负责对十至十七岁少年提起诉讼,起诉对象包括“参与偏差的孩童”(child engaged in delinquent conduct)与“需要监督的孩童”(child in need of supervision)两类。前者包括大多数重罪与轻罪的起诉,后者则涵盖轻微犯罪案件以及身份过错案,特别是逃学、离家出走等。①

(三)未成年人检察的原则

各国未成年人检察无不重视对问题少年的挽救,大多以起诉作为处理未成年人案件的最后手段。香港律政司《检控政策及常规:检控人员守则》第12.3条指出,“以检控作为最后的处理方法,对个人和社会都可能有好处。如果案件涉及少年犯人,通常会有更强的理由用检控以外的方法来处理,除非有关罪行十分严重,又或者基于其他特殊情况而不得不提出检控。总之,目标应该是尽可能不检控少年,检控应被视作严厉的处理方式”。

《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第11条规定,“对未成年人犯罪案件依法从宽处理。办理未成年人犯罪案件,应当坚持‘教育、感化、挽救’的方针和‘教育为主、惩罚为辅’的原则。要对未成年犯罪嫌疑人的情况进行调查,了解未成年人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及有无帮教条件等情况,除主观恶性大、社会危害严重的以外,根据案件具体情况,可捕可不捕的不捕,可诉可不诉的不诉。对确需提起公诉的未成年被告人,应当根据情况依法向人民法

---

① Denton County. (2007). Denton County Criminal District Attorney. Retrieved February 22, 2007, from http://www.co.denton.tx.us/dept/main.asp? Dept=23&Link=265.

院提出从宽处理、适用缓刑等量刑方面的意见”。第19条也规定，“改革完善未成年人犯罪案件的办案方式。对未成年人犯罪案件，应当设立专门工作机构、专门工作小组或者指定专人办理。建立适合未成年人特点的审查逮捕、审查起诉工作机制。对成年人与未成年人共同犯罪案件，原则上实行分案处理。对未成年人犯罪案件适用简易程序的，公诉人一般应当出庭支持公诉并开展庭审教育活动。对于因犯罪情节轻微决定不起诉的未成年人，应落实帮教措施”。

在处理未成年人案件上，检察院与法院的必要合作对于有效提高办案效率及效果具有突出作用。澳门地区《违法青少年教育监管制度》第13条第2款规定，“法官在作出任何决定前须听取检察院的意见，而检察院可要求公共及私人实体、青少年的父母、监护人或实际照顾青少年的实体提供协助和作出所需的解释”。第14条规定，“非由检察院要求提供的社会报告，须让检察院知悉”。

三、未成年人检控

（一）未成年人起诉概述

英国法学家亨利·布拉克顿（Henry Bracton，1216—1268）曾指出，“没有令状，任何人都不得起诉”（Non potest quis sine brevi agere）。[①] 除了公诉外，包括加拿大等普通法系国家以及我国都规定有自诉（private prosecution）。例如在英国，自诉传统上便是其刑事司法系统的重要组成部分，特别是《1979年刑事起诉法》（*Prosecution of Offences Act* 1979）明文加以确认。[②] 不过针对未成年人的自诉限制较多。例如加拿大《青少年刑事司法法》第24条规定，除检察官外，任何人不得向刑事法院起诉未成年人。[③]

---

① 转引自[英]梅兰特著，王云霞等译：《普通法的诉讼形式》，北京：商务印书馆2009年版，第39页。

② Law Reform Commission of Canada. (1986). Working Paper 52—Private Prosecutions. Ottawa ON: Law Reform Commission of Canada. p. 33.

③ Youth Criminal Justice Act, §24.

在日本,检察官不能直接决定未成年人犯罪案件起诉与否,而须先将受理的案件移送家庭裁判所;待后者审查后认为应当追究刑事责任而作出移送检察机关审查并要求起诉时,检察机关才能进行审查以决定起诉与否。[①]《上海市人民检察院关于未成年人刑事案件审查起(免)诉工作细则(试行)》第6条规定,其受理案件的范围是:被告人犯罪时不满十八周岁的;共同犯罪案件中,犯罪集团的首要分子、主犯或二分之一以上被告人犯罪时不满十八周岁的以及案件中有被告人审理时不满十八周岁,有必要受理的。第11条又规定,"案件审查终结时,承办人应根据未成年被告人的不同年龄层次,犯罪事实、情节,分别提出依法从重、从轻、减轻、免予处罚以及建议适用缓刑的具体处理意见,并提交集体讨论,报检察长或检察委员会决定"。

《最高人民检察院关于进一步深化检察改革的三年实施意见》第20条要求,探索实行未成年人犯罪案件分案起诉制度和适合未成年人特点的出庭支持公诉方式。《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第16条规定,"审查起诉未成年犯罪嫌疑人,应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见。可以结合社会调查,通过学校、社区、家庭等有关组织和人员,了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况,为办案提供参考"。

就起诉前的准备工作,《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第28条规定,掌握未成年被告人的心理状态,并对其进行接受审判的教育,必要时,可以再次讯问被告人;与未成年被告人的辩护人交换意见,共同做好教育、感化工作;进一步熟悉案情,深入研究本案的有关法律政策问题,依据案件和未成年被告人的特点,拟定讯问提纲,询问被害人、证人、鉴定人提纲,答辩提纲,公诉意见书和针对未成年被告人进行法制教育的书面材料。

为促进未成年犯罪嫌疑人充分认识其所控罪行性质,鉴于不少地方检察系统推行所谓"亲情会见"制度卓有成效,《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》对此予以充分肯定并加以推广。该规定第18条特别要求,移送审查起诉的案件具备以下条件的,检察人员可以安排在押的未成年犯

① 张穹、谭世贵:《检察比较研究》,北京:中国检察出版社1990年版,第112页。

罪嫌疑人与其法定代理人、近亲属等进行会见、通话,“案件事实已基本查清,主要证据确实、充分,安排会见、通话不会影响诉讼活动正常进行;未成年犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现,或者虽尚未认罪、悔罪,但通过会见、通话有可能促使其转化,或者通过会见、通话有利于社会、家庭稳定;未成年犯罪嫌疑人的法定代理人、近亲属对其犯罪原因、社会危害性以及后果有一定的认识,并能配合公安司法机关进行教育”。

需要说明的是,必须同时具备上述条件方可安排“亲情会见”。且在押未成年犯罪嫌疑人同其法定代理人、近亲属等进行会见、通话时,检察人员应当告知其会见、通话不得有串供或者其他妨碍诉讼的内容。会见、通话时检察人员可以在场。会见、通话结束后,检察人员应将有关内容及时整理并记录在案。

(二)影响未成年人起诉的因素

《全美检察标准》(第三版)中对决定起诉未成年人与否这一问题要求检察官考虑下述要点:涉嫌犯罪的严重程度、未成年人在该桩犯罪中的角色、由警方或其他利害关系方提供的不利未成年人以及案件处理的先前有关案件的性质与数量、未成年人的年龄与成熟度、适当处分或服务的可得性、未成年人是否承认有罪或者卷入涉嫌案件、未成年人对他人人身及财产安全所造成的威胁程度、对被害人经济赔偿条款以及有关利害机关、被害人以及未成年人保护机构的建议。①

就检控少年是否符合公众利益,香港地区律政司在《检控政策及常规:检控人员守则》第12.5条规定应该考虑下列因素:“指称罪行的严重性;少年的年龄、表面成熟程度及心智状况;检控以外的其他可行方法,特别是根据警务处警司警诫计划的权力,向少年发出警诫,以及这些方法的效用;如果就案件提出检控,可供有关少年法庭判处的刑罚种类;少年的家庭状况,特别是少年的父母看来是否有能力和是否愿意采取有效措施管教该少年;少年过往的记录,包括少年是否曾经接受警诫及有关的情况;此外,鉴于少年过往的记录,是否不适宜采取较宽松的方法处理当前的案件考虑到有关

① National Prosecution Standards (3rd edition), §4-11.6.

的情况,例如少年的性格和家庭状况,提出检控会否对少年造成损害,又或者并不恰当。”

针对未成年人与成年人共同参与的共同犯罪,《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第23条规定,“检察院审查未成年人与成年人共同犯罪案件,一般应当将未成年人与成年人分案起诉”。这样规定充分照顾了未成年人的特点,有利于充分保护未成年人合法权益,使案件依法公正办理。2007年4月,北京门头沟区法院与检察院联合出台了《关于对未成年人与成年人共同犯罪的案件实行分案起诉、分案审理的规定(试行)》,检察院对未成年人与成年人共同犯罪的案件分别以两个案件制作起诉书提起公诉,法院由少年法庭和刑事法庭分庭审理检察院分案起诉的案件。不过《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第23条也规定具有下列情形之一的,可以不分案起诉:“未成年人系犯罪集团的组织者或者其他共同犯罪中的主犯的;案件重大、疑难、复杂,分案起诉可能妨碍案件审理的;涉及刑事附带民事诉讼,分案起诉妨碍附带民事诉讼部分审理的;具有其他不宜分案起诉情形的。”

(三)免予起诉问题少年的决定

大多数未成年人刑事案件多为轻微刑事案件,若以相对有限的司法资源来追究这些人的刑事责任,不但司法机关负累较大,占用相当多的时间与精力,且还可能对未成年人心理造成一定创伤,使其过早进入司法体系。

根据罪行法定原则,若证据确实充分,各国检察机关可向法院提起公诉。但对某些轻微案件或者未成年人案件,各国通过立法赋予检察机关不起诉裁量权。在芬兰,对于由未成年人实施的、可能被判处罚金或六个月以下监禁的犯罪案件,检察官可以决定不起诉。① 我国《刑事诉讼法》第142条第2款规定,“对于情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定”。依据该款规定而来的“相对不起

① [荷]皮特·J. P. 泰克编著,吕清、马鹏飞译:《欧盟成员国检察机关的任务和权力》,北京:中国检察出版社2007年版,第93页。

诉”，检察院可对一些确有悔改且犯罪情节较轻的未成年人，经过一段时间的考察帮教后作出相对不起诉的决定。

为体现“宽严相济”刑事政策于少年司法的具体运用，《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》在问题少年不起诉问题上表现出较强的原则性与一定的灵活性。依该规定第20条，对于犯罪情节轻微，并具有下列情形之一，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的问题少年，一般应当依法作出不起诉决定：“被胁迫参与犯罪的；犯罪预备、中止的；在共同犯罪中起次要或者辅助作用的；是又聋又哑的人或者盲人的；因防卫过当或者紧急避险过当构成犯罪的；有自首或者重大立功表现的；其他依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的情形”。这些具体规定细化了“可诉可不诉的不诉”的相关规定，体现了鼓励对未成年人案件适用不起诉的精神，有利于及时、妥善处理未成年人案件，最大限度地教育、挽救问题少年犯罪嫌疑人。[①] 此外，对于未成年人实施的轻伤害案件、初次犯罪、过失犯罪、犯罪未遂的案件以及被诱骗或者被教唆实施的犯罪案件等，情节轻微、犯罪嫌疑人确有悔罪表现，当事人双方自愿就民事赔偿达成协议并切实履行，符合《刑法》第37条规定的，检察院可以作出不起诉的决定，并可以根据案件的不同情况予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉。

四、我国未成年人检察制度存在的主要问题及建议

（一）我国未成年人检察制度存在的主要问题

就未成年人检察工作存在的问题，徐志森等以江苏省为例总结为：未成年人检察的法律地位与所肩负的重任不相符合，人们对未成年人检察工作的关注程度不够；未成年人检察机构的设置与否很大程度上取决于人的因素和治安形势的变化，没有真正独立的机构，工作力量分散，形成不了合力，有碍于未成年人检察工作的进一步开展；未成年人检察所依据的《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》由于缺乏实施细则，某些内容规定不具

① 王守安、吴孟拴、石献智：《〈人民检察院办理未成年人刑事案件的规定〉解读》，载《人民检察》2007年第5期，第47页。

有操作性;未成年人检察局限在普通刑事检察的框架范围内,未成年人检察制度与普通刑事检察工作制度的区别不明显,对未成年人刑事案件以调查、审理、处置、矫正为内容的特殊性无法体现。① 在论及当前未成年人公诉工作中存在的问题时,姜伟等认为主要表现在不少公诉人员在办理未成年人刑事案件时只重追究犯罪,不重司法保护;许多地方在对未成年人犯罪起诉、不起诉标准的掌握上没有与成人区别对待,没有充分考虑到未成年人的特殊性;大部分地方对未成年人与成人共同犯罪案件没有实施分案起诉制度,不利于保护未成年人的合法权利,且在庭审中也无法贯彻寓教于审;没有充分行使量刑建议权对未成年人实施司法保护。②

目前,在未成年人刑事检察中存在一定程度上的司法过度化倾向,检察职能与社会管理界限不甚清晰。基于现实国情,我国各级检察机关在承担检察职能的同时,亦承担一定的社会管理职能和福利职能。但过多涉入社会帮教等社会管理职能,实际上导致检察职能过多延伸,也不利于敦促政府转变职能,更多承担未成年人社会管理与福利职能。这亦导致未成年人检察工作地方化、区域化特征明显,在推广上面临一些困难。同时,未成年人民事、行政、监所检察的发展相对滞后,其创新有待进一步提升。

(二)我国未成年人检察制度的改革与完善

20 世纪 70 年代以来,一些发达国家特别是美国开始对包括未成年人检察制度在内的少年司法制度进行改革,其中不乏可供借鉴的经验与教训。在分析近年来检察改革得失后,我国检察学者石少侠认为,在司法体制改革中检察机关应当适当拓展法律监督权,在全面履行法律监督职能的基础上突出监督的重点,即扩大公诉权、强化侦查监督权、强化民事审判监督权以及强化职务犯罪侦查权。③ 与法院有所不同,在恪守"国家亲权"及"儿童

① 徐志森、孙利平:《完善少年检察机构和工作制度的实践和建议》,载《青少年犯罪问题》2004 年第 1 期,第 53 页。

② 姜伟、张寒玉:《论办理未成年人案件的公诉政策》,载《人民检察》2004 年第 12 期,第 14 页。

③ 石少侠:《论司法改革中的检察权》,载《吉林大学社会科学学报》2004 年第 5 期,第 75 页。

利益最佳”原则同时,我国未成年人检察工作亦应更重视保障社区安全及被害人福利。

进入21世纪以来,自上而下和自下而上的未成年人检察改革与创新逐步加速。最高人民检察院依据中央司法体制和工作机制改革的总体部署,正积极推进未成年人司法制度的改革和完善。为贯彻新修订的《未成年人保护法》,最高人民检察院于2007年5月24日召开“贯彻实施未成年人保护法座谈会”。改革内容主要有以下五个方面:一是推动未成年人检察机构的建立,有条件的地方要逐步建立专门机构,条件暂不具备的要配备专门人员;二是在继续做好未成年人刑事检察工作的同时,研究充分发挥检察职能,在民事、行政诉讼工作中保护未成年人合法权益的具体措施;三是改革完善未成年人犯罪案件的办案方式,建立适合未成年人特点的审查逮捕、审查起诉工作机制;四是加强对不捕、不诉未成年人的帮教、挽救工作;五是配合有关部门。①

与欧美未成年人检察主要集中在公诉环节不同,鉴于我国检察机关的法律监督机关属性,我国未成年人检察范围更为广泛。除传统刑事检察(有关未成年人审前拘留、分流、审判等环节的检察参与,请参阅本书有关章节),未成年人民事检察(特别是对未成年被害人的救助)、行政检察应与时俱进。修订相关规定。2011年4月,最高人民检察院举行了“未成年人刑事检察培训班”,进一步明确了未成年人刑事检察工作的导向。

第四节 未成年人分流

> 从积极的方面而言,其论点为:在民主国家里,儿童是未来的公民,是国家最有价值的资源;为了其自身的安全,国家必须贯彻执行儿童受教育的权利,以使他们成为有益的公民。从消极的方面而言,其论点为:国家必须保护自身免遭那帮被允许在无知、无纪和无

① 张立:《检察机关积极推进未成年人司法制度改革,未成年人检察机构将逐步建立》,载《检察日报》2007年5月25日。

敌成长起来的危险少年的侵害。①

——[美] 罗伯特·布雷姆纳(Robert Bremner)

一、未成年人分流概说

(一)分流的渊源及概念

在汉语中,“分流”一词最早可溯源自《汉书》,“车师前国,王治交河城。河水分流绕城下,故号交河”,②意为水分道而流。现据《辞海》,分流系指“河水于洪水期间人为地或自然地分出一部分水流入另一河道或单独入海的现象”。③ 由此而来,“分流”衍生出多种解释,如不同流派及子孙分支繁衍等等。

刑事司法及少年司法语境下的“分流”则源自对英文“diversion”的翻译及解释。“Diversion”可相应译为“分流”、“转送”或“转向”,其义甚多,既有转移方向、分散注意力之意,又有水流分渠、货运路线改变及飞机改道之意。根据《布莱克法律词典》解释,分流有两种不同含义:其一系指对“事物本质”(nature course of things)之偏离(deviation)或改变(alteration),尤其是有损于下游业主利益之河流非法改道,或非法资金之使用;其二系指分散注意力(distraction)或消磨时光(pastime)。④ 不难发现,“分流”于中英文中均有因势利导、水分渠流之意。具体到刑法领域,“分流计划”(diversion program)系指在庭审之前将特定刑事被告人转介至工作培训、教育及诸如此类的社区计划之中,若其成功完成则可能导致指控撤销,故而又被称为“审前分流”(pretrial diversion)、“审前干预”(pretrial intervention)或“延期裁判”(deferred judgment)。⑤

---

① 转引自[美] 玛格丽特·K.罗森海姆、富兰克林·E.齐姆林、戴维·S.坦嫩豪斯、伯纳德·多恩编,高维俭译:《少年司法的一个世纪》,北京:商务印书馆2008年版,第3页。

② 《汉书·西域传·车师前国》。

③ 《辞海》(缩印版),上海:上海辞书出版社2010年版,第500页。

④ Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 511.

⑤ Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 511.

依法域不同，分流又常称“司法外处分”或“法外措施”(extrajudicial measures)、转介处分，系指中止对初犯、偶犯、未成年犯及精神病犯等特定犯罪人的正式司法程序，将其转介至刑事法院系统以外的社区处分计划或措施。一般来说，实施分流的对象为主观恶性及社会危害性相对较小的犯罪人，目的在于避免标签化对其负面意义。

(二)未成年人分流的概念、特征及作用

1. 未成年人分流的概念及特征

国内外未成年人矫正有关研究发现，触法少年越早介入刑事司法或少年司法的正式程序，未来成为惯犯概率越高，越不利于改过自新与回归社会。对此，我国台湾犯罪学者林瑞钦指出，“问题少年初次被逮捕时年龄愈低，其多重性格违常被归为偏差的可能性愈高”。[①] 为正视这一问题，《儿童权利公约》第40条第3款约定，“在适当和必要的时候，制定不对此类儿童诉诸司法程序的措施，但须充分尊重人权和法律保障”。第4款继而约定，“应采用多种处理办法，诸如照管、指导和监督令、辅导、察看、寄养、教育和职业培训方案及不交由机构照管的其他办法，以确保处理儿童的方式符合其福利并与其情况和违法行为相称”。《刑事司法系统中儿童问题行动指南》第15条要求会员国，“应对现有的程序进行一次审查，如可能应制定转送教改或其他替代传统刑事司法系统的措施，以避免对受到犯罪指控的青少年实行刑事司法制度。应采取适当的步骤，在逮捕前、审判前、审判和审判后阶段全国范围都可采用广泛的各种替代和教育措施，以防止重犯并促进儿童罪犯在社会中改过自新”。上述国际条约无一例外都督促各缔约国审时度势，制定相关非正式程序，以减少或避免少年过早进入正式司法程序。

未成年人分流或少年分流为其中司法外处分的最为重要的组成部分。根据《布莱克法律词典》，分流除了前述刑法之意义外，还特指针对避免法院对儿童照管不良(child neglect)、未成年人犯罪与偏差(minor/juvenile de-

---

① 林瑞钦:《青少年暴力犯罪之成因:心理因素》,载蔡德辉、杨士隆主编《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版,第84页。

linquency)、旷课逃学(truancy)及桀骜不驯(incorrigibility)实施干预的社区计划。[1] 据《密歇根州法律汇编》(*Michigan Compiled Laws*,简称MCL)第722.822(c)条规定,分流系指当警方已对未成年人所实施之行为实施逮捕(正式记录在案)且诉状已提交至有管辖权之法院的安排(placement)。不过,分流后果要么是释放未成年人至其父母或监护人监管之下,调查就此中止;要么是未成年人父母或监护人同意与有关公私机构合作协助该未成年人及其家庭解决因调查而引发之问题。[2] 综合国内外相关论述,我们认为所谓未成年人分流或转向,系指伴随未成年人从法院移转至替代性措施而产生的、由正式司法程序到非司法程序转化的各种社区处分计划或措施的总称。

近年来分流在各国与地区的盛行,表明对未成年人的处理已从单纯的保护过渡到以保护原则为主、以刑事处罚为补充的新阶段。如德国《少年法院法》中有关"未成年人检察官不起诉处分"与"少年法院程序中止"也被认为是分流的适用。作为替代措施,未成年人分流基于"宜教不宜罚"、"非机构化"及"除罪化"等理念,其性质属于审前措施(pre-trial program)及早期干预(early intervention program),目的在于以便捷的非正式程序替代烦琐的正式程序,解决情节轻微的未成年人犯罪与偏差问题,减少司法体系的正式干预。通常情形下,检察官考虑不起诉处分、以附条件的非诉讼解决方式取代正式诉讼的前提条件是,涉案未成年人的首肯认罪。在之后的一定时间内,该未成年人的行为必须满足一些事先设定的法定遵守事项以及根据涉案行为而定的特别遵守事项,否则违反遵守事项的直接后果就是导致诉讼程序的启动。由于分流制度与刑法传统意义上的缓刑颇有异曲同工之妙,又因其非正式性特点,因此又称"非正式缓刑"(informal probation)。

2. 未成年人分流的作用及争议

对于未成年人分流,加拿大《青少年刑事司法法》第5条列举了未成

---

① Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p.512.

② Michigan Compiled Laws, §722.822(c)(i)-(ii), §722.823(1)(a)-(b).

年人法外措施的五项主要目标：提供司法措施之外的、有效而及时的应对举措；敦促未成年犯认识并补偿其罪行而给被害人与社区的伤害；敦促未成年犯家人与所在社区参与法外措施的设计与实施；提供被害人参与法外措施决策与获得补偿的机会以及尊重未成年犯的权利与自由以及实现罪行则相适应。[①] 在美国犯罪学家艾伯特·罗伯茨(Albert Roberts)看来，未成年人分流可避免标签化、减少不必要的拘留与拘禁、减少再犯率、提供辅导与咨询以及降低司法运作成本。类似地，犯罪学家杰弗里·珐柔(Jeffery Ferro)也持类似观念。在他看来，分流包括这样几个优点：首先避免了正式审理所带来的标签化痕迹；同时也通过将有限司法资源集中至个别严重问题少年以减轻和分担整个少年司法体系负担；且因分流倾向于以社区为导向，这通常有助于问题少年与被害人以及其他利害关系人的和解。[②]

就分流的功能，沈银河主张，其在于"实现'以教代刑'少年刑法功能、避免标签化、减轻法院负担以及推行'刑法人道化'与'避免不必要社会控制'"。[③] 加拿大《青少年刑事司法法》认为，未成年人分流实为"应对未成年人犯罪最为妥当与有效的手段"。据"统一犯罪报告调查"(*Uniform Crime Reporting Survey*，简称 UCRS)，仅 2003 年一年，因适用法外措施得当，加拿大未成年人的起诉率较上年下降了 15%。[④]

尽管未成年人分流在合理调剂及优化司法资源合理配置、减少司法系统对问题少年标签化以及未成年人矫正等方面都取得一定成效，但同样存在着一些体制、运行机制、人员配置以及救济措施等方面的问题，因此也面临着一系列的压力与挑战。例如，除了华盛顿州等少数州外，美国绝大多数州都没有明确未成年人在分流程序中的律师协助权。面对来自少年司法之正当程序保护(due process protection)的质疑，美国少年法学家富兰克林·

---

① Youth Criminal Justice Act, § 5.

② Ferro, Jeffrey. (2003). Juvenile Crime. New York, NY: Facts on File. pp. 83 - 84.

③ 沈银河：《中德少年刑法比较研究》，台北：五南图书出版公司 1988 年版，第 131—132 页。

④ Tustin, Lee and Robert Lutes. (2006). A Guide to the Youth Criminal Justice Act. Markham, ON: LexisNexis-Butterwoths, p. 23.

E. 齐姆林(Franklin E. Zimring)认为未成年人分流与此相得益彰。在他看来,未成年人案件证明标准的提高及儿童律师的聘用并未增加分流额外负担。①

一旦分流效果不佳,这又不可避免有将部分问题少年放虎归山之嫌,此类未成年人再犯率仍居高不下,分流陷于两难之地。有美国少年法学者指出,未成年人分流在很大程度上未能减少设防拘禁的绝对数量,且其对某些轻微犯罪与偏差之处分过重。② 美国犯罪学家纳罗·维特(Gennaro Vito)等人将近些年来分流的若干争议归纳为:缺乏证据证明"污名化可促成未成年人犯罪与偏差"及"分流可减少污名化";自由裁量权的扩大可能导致职权滥用的增加;分流可能会增加而非减少受国家掌控的未成年人数量;分流可能与正当程序背道而驰;分流可能会迷乱视野,未将主要集中力放置于未成年人所需之上;尚无充分证据表明分流可有效减少未成年累犯率。③

(三)未成年人分流的沿革

未成年人分流由来已久,其发展先后经历两个主要阶段。早在19世纪末美国芝加哥少年法院创设伊始,该举措便应运而生。差不多这一时期,澳大利亚等国未成年人分流也随其儿童法院出现而产生。④ 在齐姆林看来,转向及干预者(interventionist)理念为少年法院脱胎于刑事(成人)法院的两个主要理由,其中又以转向最为重要,即将未成年人从拖沓冗长且处罚严厉的刑事(成人)司法中解放出来。⑤ 自此至20世纪50年代,此种分流一直

---

① Zimring, Franklin E.. (2000). The Common Thread: Diversion in Juvenile Justice. California Law Review, 88(6), p. 2488.

② Austin, James, Kelly Dedel Johnson, and Ronald Weitzer. (2005). Alternatives to the Secure Detention and Confinement of Juvenile Offenders. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 5.

③ Vito, Gennaro, Richard Tewksbury and Deborah Wilson. (1998). The Juvenile Justice System-Concepts & Issues. Prospect Heights, IN: Waveland Press. pp. 15 - 18.

④ Polk, Kenneth. (2003). Juvenile Diversion in Australia: A National Review. Retrieved January 5, 2011, from http://www. aic. gov. au/events/aic% 20upcoming% 20events/2003/ ~/ media/conferences/2003 - juvenile/polk. ashx, p. 2.

⑤ Zimring, Franklin E.. (2000). The Common Thread: Diversion in Juvenile Justice. California Law Review, 88(6), p. 2480.

被视为少年司法之中心目的所在。[①] 纽约、底特律等数个大都市警察局建立起来犯罪预防处，为“分流”适用拓展了广阔空间。以纽约市警察局犯罪预防处为例，涉嫌犯罪却尚不足以拘捕的未成年人亦为座上之客。这些人群中的绝大多数将获得不同形式的“社会工作干涉”（social work intervention），包括诊治、辅导与工作安置等。仅就诊治而言，该处通常会将有关未成年人移交家事福利机构、医院以及“教育委员会儿童指导局”（Bureau of Child Guidance of the Board of Education）[②]。

尽管如此，未成年人分流并非一蹴而就，直至20世纪70年代才进入发展的黄金时期。美国国家刑事司法标准与目标顾问委员会及总统执法与司法管理委员会极力推荐分流措施以尽可能减少未成年人过度卷入少年司法，要求联邦及各州立法并向地方提供部分资金以建立未成年福利局作为分流的具体操作机构。1976年，联邦司法部少年司法与犯罪预防署核拨一千万美元，在全美建立起11个未成年人分流项目。[③] 此外，联邦政府还通过先后成立的“执法协助局”（Law Enforcement Assistant Administration，简称LEAA）与“青少年发展与犯罪预防办公室”（Office of Youth Development and Delinquency Prevention）划拨启动基金，州政府提供配套资金，在全美逐步构建起未成年人福利署。全美各地未成年人福利署（youth service bureau）逐步代替少年法院成为替代处分的中坚力量。这样，未成年人的分流处分由从刑事司法移送至少年司法，逐步衍变为从少年司法正式司法程序移送至非正式程序解决。前者旨在将未成年人从刑事（成人）司法中移转出来，是两个完全不同的司法系统间的衔接；后者则是在少年司法与社区矫正发展到一定程度后，针对未成年人的身心特点而逐步发展起来的非诉讼解决方

---

① Vito, Gennaro. (1985). The American Juvenile Justice System. Beverly Hills, CA: Sage Publications. p. 18.

② Roberts, Albert. (2004). The Emergence and Proliferation of Juvenile Diversion Programs. In Roberts, Albert. Juvenile Justice Sourcebook (edited). New York, NY: Oxford University Press. pp. 184 - 185.

③ Blanco, Melissa, Diana Miller, Geoffrey Peck. (2007). How Effective Are Virginia's Juvenile Diversion Programs? A Quantitative and Qualitative Assessment for the Virginia State Crime Commission. Retrieved January 5, 2011, from www. wm. edu/as/publicpolicy/documents/prs/crime. pdf.

式，存续于少年司法特别是儿童福利体系之内。

鉴于分流制度在少年司法中日益突出的作用，进入新世纪以来为更多国家及地区所援用。如爱尔兰《2001 年儿童法》(*Children Act of 2001*)第四章专章确立了未成年人分流制度，第 18 条规定除非与社会公益相冲突，任何认可相应责任之触法儿童都应被考虑进入分流措施之中。①

我国现行有关法律及司法解释尚未有未成年人分流制度的明确规定，与此相关的未成年人社会帮教、社区矫正及少年福利等机制也在探索之中。进入新世纪以来，现代少年福利意义上的未成年人分流逐步在一些地方得到试点。2002 年起，云南省昆明市盘龙区进行了未成年人分流试点，约有三成触法少年被"分流"，749 名被分流的未成年人无一人重新犯罪。② 这一模式因其较出色的矫正效果而被专家称为"盘龙模式"。但总体而言，未成年人分流的发展因受制于执法理念、工作方法、社区参与、配套机制、效果评估等因素仍面临诸多瓶颈。

二、未成年人分流的类型

依不同分类标准，未成年人分流可以有不同的类型。按照经手单位的不同，未成年人分流可分为警察分流、检察院分流与法院分流等主要形式。以警察分流为例，其可分为"内部分流"(internal diversion 或 in house diversion)与"外部分流"(external diversion)两类。其中，内部分流系指将未成年人案件由警方的一个部门移送至另一更适合处理该案部门的移送方式，又可分为"无转介之分流"(diversion without referral)与"有转介之分流"(diversion with referral)。以前者最为普遍，警方可选择对未成年人施以警告、建议和释放而无须采取任何正式程序；而后者则由警方需启动适当正式程序。具体来说，"有转介之分流"又可细分为"内部转介"(internal referral)、"社区义工计划"(community volunteer programs)、"文体娱乐计划"(recreation programs)与"移送缓刑计划"(diversionary probation programs)四

---

① Children Act of 2001, § 18.

② 《少年犯社区分流模式从盘龙走向北京》，载《新京报》2007 年 2 月 7 日。

类。外部分流则是指将涉案未成年人移转出警方的制度，警方通常采用可接受性(acceptability)、适当性(suitability)、可得性(availability)以及可靠性(accountability)四个标准来确定外部分流。[①] 有鉴于警方为推动未成年人"分流"的主要推手，《北京规则》提请各国政府应对警方进行专门指导与训练；在有条件的都市，更应在警局内整合各方面专业人士，组建专门未成年人犯罪与偏差应对机构，以高效、便捷与准确应对未成年人犯罪与偏差以及救助有关未成年人。

法院分流形式多样，通常包括收案与筛选(intake and screening)、拘留(detention)、缓刑(probation)、归档(records)、心理服务(psychological services)、保护服务(protective services)、医疗服务(medical services)、义工服务(volunteer services)、法庭服务(court services)与假释(parole)或善后辅导(aftercare)等类型。[②] 至于检察院分流，检察官常以附条件不起诉等形式加强对轻微犯罪未成年人的社区转介。此外，其他政府机构亦可承担未成年人分流部分职责。以台湾省桃园县为例，该县社会局特设有儿童及少年福利课，主管当地儿童未成年人分流，包括个案危机干预处分、生涯规划、心理咨询及就学就业辅导等等。需要说明的是，因各国具体国情的差异，特别是非政府组织发展程度的差异及各少年司法机构分工的不同，分流不单单仅限于前述机构，不同国家的社会福利团体的参与程度具有一定的差异。

按照运作特征，分流一般可分为四类主要形式：真分流(true diversion)、转送非法院机构(channeling to non-court institutions)、减少渗透(minimizing penetration)以及裁判前分流(pre-adjudication diversion)。所谓真分流，系指由执法机关正式或非正式处分未成年人的分流，包括作出不逮捕决定等；转送非法院机构，系指将未成年人安置于社区服务机构；减少渗透，系指通过减少拘留、删除记录等手段限制未成年人涉入少年司法体系；裁判前分流则指的是在少年法院裁判前，由非司法系统的社区机构对未成

① Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. pp. 349 - 353.

② Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 184.

年人进行保护、规教。①

德国《少年法院法》规定了四类未成年人分流,即不干涉分流(non-intervention diversion)、教育分流(diversion with education)、干涉分流(diversion with intervention)与混合分流。其中,不干涉分流系指对未成年人犯罪与偏差行为不采取任何处罚的分流措施,尤其是针对轻微犯罪更是如此;教育分流则是指由其他机构(如父母、学校)与调解相结合的分流措施。在前三类分流中,少年法院的法官可判处涉案少年一些较为轻微的处分,如警告、10—40小时社区服务、和解以及参加交通违规培训课程等。若少年成功完成上述义务,检察官会同法官可不受理案件。至于混合分流则是将上述三类分流灵活结合使用,以期实现对问题少年矫正效果的最大化。② 澳大利亚将未成年人分流分为“非正式警告或警诫”(informal warnings or cautions)、“正式警告”(formal cautions)、“各种恢复性司法会议”(variants of conferences)与“涉毒特别条款”(specific provisions in relation to drugs)四类。③ 加拿大《青少年刑事司法法》将未成年人分流分为警告(warning)、训诫(caution)与转介(referral)等等,这些法外措施在其后的法庭程序中将不能作为证据采用。训诫又可分为警方训诫(police caution)与皇家训诫(crown caution)两类,主要区别在于前者系联邦司法部长或副省长(lieutenant governor)授权而为,至于皇家训诫则是联邦司法部长授权检察官对未成年犯的训诫。

三、未成年人分流的适用条件

(一)未成年人分流的适用对象及形式

就适用对象而言,未成年人分流适用对象一般为犯罪情节轻微的未成

---

① Dembo, Richard. (2005). Evaluation of the Impact of a Policy Change on a Diversion Program. Journal of Offender Rehabilitation. 4(3). p.3.

② Dünkel, Frieder. (2006). Juvenile Justice in Germany: The Compromise between Welfare and Justice. In Erc Jensen and Jorg Jepsen. Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System. Portland, OR: Hart Publishing. pp. 119 - 120.

③ Australian Institute of Criminology. (2006). Young People and Crime. Retrieved February 2, 2007, from http://www.aic.gov.au/research/jjustice/.

年初犯或偶犯。如我国台湾地区《少年事件处理法》第29条规定，对于犯行情节轻微，以不付审理为适当者，“移交由儿童及少年福利或教养机构、法定代理人及现在保护少年之人为适当的辅导”。在奥地利，对于可能会被判处五年以下监禁刑或罚金的未成年犯罪人，一旦符合刑事诉讼法规定的其他条件，检察官必须适用分流。① 加拿大《青少年刑事司法法》第4条亦规定，法外措施适用于犯有非暴力罪行的未成年初犯。② 尽管如此，该措施并非仅局限于此类未成年人。事实上，《青少年刑事司法法》第4条同时又规定，倘若适用法外措施可有效实现该法的设立目的，即便是先前已被处以法外措施或有前科的未成年犯，都有可能再获其适用。③ 换句话说，法外措施适用标准在于罪行轻重程度而非未成年犯本身。此外，法外措施并非司法程序的附加内容，而是进入正式法院程序之前的首要举措。④

未成年人分流所依托的社区处分涵盖范围甚广，包括缓刑、假释等惩罚性社区矫正，也包括心理咨询、教育培训及社区服务等非惩罚性社区计划，还包括替代纠纷解决方式、恢复性司法等社区复归计划。如在美国康涅狄格州使用调解(mediation)作为对未成年人身份过错及轻微犯罪的分流措施，并建立起覆盖全州的“未成年人调解计划”(Juvenile Mediation Program)。据称，进入该计划的未成年人案件中有85%通过调解得到了解决。⑤

(二)未成年人分流的流程与处理结果

如下图所示，未成年人分流的适用不仅仅局限于审前程序，还包括从警方拘捕到法院受理案件等少年司法程序的各个主要阶段。警方、检察院以及法院都有权作出分流决定，但法院在作出此类决定时往往较为审慎，故并不多见。

---

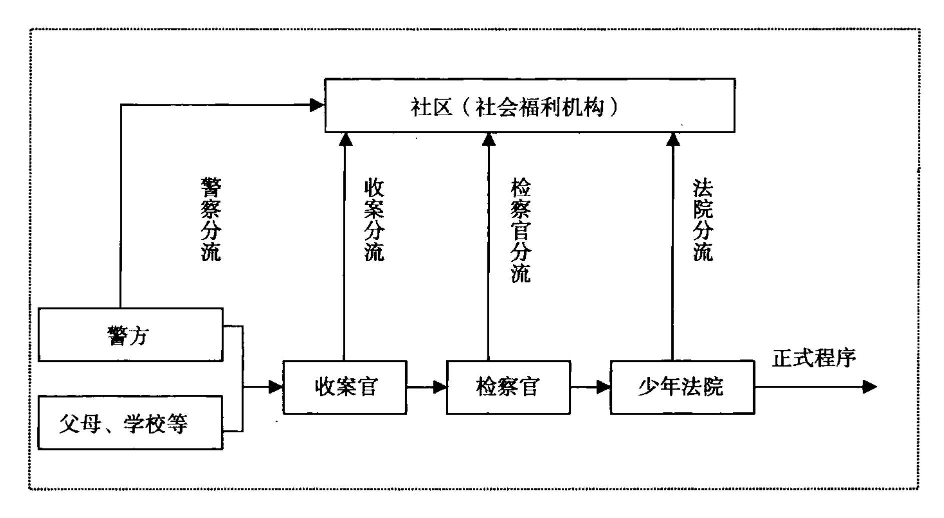
① [荷]皮特·J. P. 泰克编著，吕清、马鹏飞译：《欧盟成员国检察机关的任务和权力》，北京：中国检察出版社2007年版，第23页。

② Youth Criminal Justice Act, §4.

③ Youth Criminal Justice Act, §4.

④ Tustin, Lee and Robert Lutes. (2006). A Guide to the Youth Criminal Justice Act. Markham, ON: LexisNexis-Butterwoths, p.22.

⑤ Behrman, Richard E., Carol S. Stevenson, Carol S. Larson, Lucy S. Carter, Deanna S. Gomby, Donna L. Terman. (1996). The Juvenile Court: Analysis and Recommendations. The Future of Children, 6(3), p.22.



图五　未成年人分流流程示意图

一般来说，分流活动应获得问题少年及其家庭以及被害人首肯方可。在美国密歇根州，在确定将未成年人转介至公私机构后，必须举行由未成年人及其父母或监护人等参加之“分流会议”（diversion conference），以考虑应对法院诉状的替代措施。① 法院收案官（court intake officer）或警方代表必须向未成年人及其父母或监护人告知会议具体举行时间及地点，并向前者确认下述事项：会议之参与过程及协商之转介计划应出于自愿；律师应伴随未成年人及其父母或监护人会议始终；可替代之转介计划及遵守条件应等能确保判断向法院提交正式诉状与否；未成年人若恪守转向协议，则诉状将不再呈报法院。② 一旦达成分流协议，相关条款及订立日期必须以书面形式确认，并由法院收案官或警方代表、未成年人及其父母或监护人共同签字。③ 分流协议的具体条款通过书面详细列举出来，如果未成年人严格遵守相关规定，完成既定任务或经过一定时期后，案件被撤销，未成年人也随之恢复自由身。然而倘若其遵守不力，监管机构有权决定是给予该问题少年警告后继续适用分流处理，或者是启动正式程序将问题少年交付少年法

① Michigan Compiled Laws, §722.825(1).
② Michigan Compiled Laws, §722.825(1)(a)-(d).
③ Michigan Compiled Laws, §722.825(3).

院进行审理。

除缓刑、假释等传统社区处分措施外，近年来各国针对未成年人身心特点，探索了不同的新型分流措施。如美国新罕布什尔州梅里马克郡的“以怒攻怒计划”（anger management program）及“入店行窃计划”（Y. E. S. shoplifting program）。对于前者，未成年人将在10个小时培训中理解忿怒定义，增加了解自身忿怒、忿怒形式、忿怒评估、忿怒控制，以促进自律及自我控制；后者被用来教育未成年人明白一旦因入店行窃被抓住的法律后果，并理解入店行窃对其自身、家庭及社区的危害。类似少年缓刑违反的处理，未成年人违反分流规定时会导致其可能会被法院判定为罪名成立且不法行为将被记录在案。[①] 据称，全美进入“入店行窃计划”的未成年人中，96%成功予以完成。[②] 类似项目在欧美屡见不鲜，并有逐步扩大之势。

未成年人分流计划既包括免费计划，也包括收费计划，以满足矫正不同未成年人之需，如上述“入店行窃计划”收费40美元。在美国内布拉斯加州桑德斯郡，分流项目报名费为25至200美元不等，取决于未成年人罪行性质。若未成年人居住于其他郡县，则需额外支付50美元非居民费，以及5美元社区服务保险费。此外，未成年人必须支付任何转向协议所涉及之评估、咨询及其他相关费用。[③]

（三）影响未成年人分流的决定因素

不同于普通诉讼程序，分流通常被认为是一种特权而非权利（Diversion is a privilege and not a right）。换言之，并非所有的触犯轻微犯罪或不法行为的未成年初犯都可自动获得分流处分。进入分流程序的未成年人往往需要满足一定条件，且一般只能获得一次处理（one-shot deal），意即再犯者不

① County of Merrimack. (2010). Merrimack County Juvenile Diversion Program. Retrieved on December 29, 2010 from http://www.merrimackcounty.net/humanserv/diversion.html.

② Yellowstone County Youth Intake & Assessment Center. (2010). Programs offered through the YIAC. Retrieved on December 29, 2010 from http://www.co.yellowstone.mt.gov/yiac/yesinfo.asp.

③ Saunders County. (2010). Juvenile Diversion. Retrieved on December 29, 2010 from www.saunderscounty.ne.gov/pdfs/juvenile/what_is_diversion.pdf.

在其考虑范围之内。

据《密歇根州法律汇编》,影响未成年人分流的决定因素大体包括被控罪行之性质,未成年人年龄,引发被控罪行之问题性质,未成年人之性格品行及行为举止,未成年人在校、在家及在团队之表现,既往分流决定及未成年人遵守分流协议之状况等等。① 在明尼苏达州,未成年人需满足类似条件:年龄介于14—17岁、未有有罪记录、所控罪行不得超出轻罪范围、必须入学或参与类似替代计划、父母必须支持其子女之分流计划参与并同意相关交通保障、未成年人同一社区内先前未参与分流。② 又如科罗拉多州丹佛地区检察院确定未成年人的检察院分流必须达到如下要求:当事人在触法之时年龄介于10至17岁之间、当事人对所犯之不法行为应当认罪服法、当事人先前未参加州级分流计划、当事人在丹佛或其他司法区内未有已决或未决州法院案件、当事人及父母或监护人自愿同意参加分流计划、当事人同意并遵守《未成年人分流协议》(*Juvenile Diversion Contract*)、分流计划所提供的服务恰当并符合当事人的所需。③ 而在英国,对于十八岁以下犯罪嫌疑人之分流,一般需要满足有充足证据表明其有罪且法院可能会作出相应有罪判决、犯罪嫌疑人承认罪行等两个前提条件。④

四、我国未成年人分流存在的主要问题及建议

(一)我国未成年人分流存在的主要问题

1. 未成年人分流所依托的儿童福利理念严重滞后,相关机构不健全、职责不明确

我国未成年人分流窒碍不前原因固然很多,但首当其冲的应属指导理

---

① Michigan Compiled Laws, 722.824(a)-(f).

② Viking Council. (2010). Juvenile Diversion Program Leader Handbook. Minneapolis, MN: Viking Council, p.6.

③ Denver District Attorney's Office. (2010). Juvenile Diversion General Information Retrieved on January 5, 2011 from http://www.denverda.org/prosecution_units/juvenile_diversion/juvenile_diversion_info.htm.

④ [荷]皮特·J. P. 泰克编著,吕清、马鹏飞译:《欧盟成员国检察机关的任务和权力》,北京:中国检察出版社2007年版,第65页。

念的偏差。受传统刑罚观影响,问题少年处分仍以监禁刑为主,对非羁押性社区处分重视不够,直接影响未成年人分流的构建。各国及地区的未成年人分流莫不是以儿童福利为导向,注重司法外程序特别是社区的广泛参与及恢复性司法的贯穿始终。目前以社区处分为导向的未成年人犯罪预防及防治的综合治理体系尚未健全,缺乏专门、系统的未成年人分流制度,有关法规对儿童福利理念的贯彻尚需时日。

因未成年人分流的社区处分性及非羁押性,决定了这些未成年人的分流处分无法与社会分离。未成年人分流专门机构尚未健全,缺乏有效未成年人分流监管机构,存在多头管理、无人负责的窘况。无论是警察分流、检察院分流还是法院分流,在作出分流决定后,尽管仍承担起一定的监管责任,但对未成年人分流的教育、监督及矫正的大部分职责需移转至专业化的社区矫正机关或社区福利机构执行。在未成年人的日常学习、工作及生活特别是复学、就业等涉及自身权益等问题上,目前的教育感化、收容教养、就学就业辅导、医疗保险、心理创伤辅导及家庭关系重建尚未完全与未成年人分流机制融合,造成安置困难的现状。总而言之,未成年人分流建设缺乏整体性,往往是检察院或法院单打独斗,未与司法行政、学校、居委会及村委会等机构联系,管理体系存在不够健全和通畅的弊端,未能形成对未成年人社区处分的应合之力。

2. 未成年人分流专业化有待提高,适用条件、范围及程序过于笼统、原则

对于未成年人分流,近年来最高人民法院、最高人民检察院及公安部等有关司法解释及行政规章陆续出台,未成年人分流逐步走向前台。各级法院、检察院及公安机关在适用未成年人分流上取得长足进展,但由于专业化规定相对较少,配套法律也未能详尽,在一定程度上影响了其应有作用的发挥。

国外实证研究已表明,缺乏案件管理(case management)及初期收案评估(initial intake evaluation),将直接导致未成年人分流未能充分予以利用。[1] 我

① Chassin, Laurie. (2008). Juvenile Justice and Substance Use. The Future of Children, 18(2), p.168.

国目前尚未建立符合未成年人身心特点、相对独立的未成年人分流制度，实体法及程序法亟待立法健全。相关规定对“罪行较轻”、“具备有效监护条件或者社会帮教措施”及“有社会危险性或者社会危险性较小”等关键条款缺乏具体的可操作性规定，难以对问题少年进行有效的考察跟踪与针对性的矫正工作。如《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 14 条就检察院的未成年人分流特别规定，“在作出不批准逮捕决定前，应当审查其监护情况，参考其法定代理人、学校、居住地公安派出所及居民委员会、村民委员会的意见，并在《审查逮捕意见书》中对未成年犯罪嫌疑人是否具备有效监护条件或者社会帮教措施进行具体说明”。该条要求对“在《审查逮捕意见书》中对未成年犯罪嫌疑人是否具备有效监护条件或者社会帮教措施进行具体说明”，但对如何确认“有效监护条件”或“社会帮教措施”的内容、效度及救济却语焉不详，造成实际运用时的盲点，以致缺乏可操作性。

（二）完善我国未成年人分流的建议

1. 逐步整合依托资源，切实推动未成年人分流社会化

分流的儿童福利基础与配套服务为少年司法理念及体制的根基。与刑事（成人）司法相比，少年司法更注重基于社区矫正的个别化处分。因而，整合公安机关、检察院、法院、法律援助及司法行政等政法资源，结合教育、医疗、卫生等社会配套资源，是促成未成年人分流的重要社会基础。

我们建议应参酌有关国际公约及海外先进经验，研究、制定和颁行相关法律，逐步构建相对完整的、以社区处分为基础的未成年人分流机制，包括刑事司法机关的未成年人分流，也包括学校及社区参与的未成年人分流，前者主要包括警察分流、检察院分流及法院分流。需要说明的是，这些分流并非泾渭分明，而是时间上相互交叉、互为补充。

2. 渐进完善相关立法，合理确定未成年人分流适用条件

针对目前国内未成年人分流相关立法缺乏的现状，我们建议确立以儿童福利为导向的未成年人分流立法基础。适时对《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》等两部事关未成年人保护基本法律增加有关条文，如“除非与社会公益抵触，任何认罪服法且有悔改表现的未成年初犯都应被考虑进入分流措施之中，社会应当支持对未成年人进行社区帮教工作，促其

改过自新、复归社会”。

此外，最高人民法院、最高人民检察院及公安部、司法部也应对其未成年人案件处理司法解释及法规予以修订，与时俱进，明确未成年人分流的对象、范围、条件、程序、司法救济及经费与人员保障等方面内容，以提高未成年人分流制度的可操作性。

3. 建立健全监管机构，提升未成年人分流专业化程度

未成年人分流监管机构亟待建立健全，我们建议在县级及以上政府设立未成年人分流委员会，与原有的未成年人保护委员会合署办公，实行“两块牌子，一套人马”。未成年人分流委员会成员包括单位成员及个人成员，前者包括当地政法委、法院、检察院、公安局、司法局、教育局、民政局、社保局、共青团、妇联等机构，后者包括热心未成年人保护事业的社会各界人士，包括慈善人士及社工代表等。分流计划的社区参与度关乎成败，未成年人分流委员会中来自学校、关工委、社区（乡镇、街道、居委会及村委会）的代表也要占一定比例。其常设办公室设在同级政法委，作为未成年人分流常涉及协调机构，整合政法资源及社会资源，全方位开展未成年人分流工作。

对未成年人分流，在相关未成年人分流机构加强与学校及未成年人父母或监护人定期联系、交换信息的同时，应注意提升分流专业化建设，分门别类、分工合作。除了熟悉未成年人特点外，监管人员应通晓心理学、咨询学、教育学、社会学、社会工作学等方面知识。

4. 细化监督管理措施，有效提高未成年人分流社会化

将违反治安管理处罚法及轻微犯罪的未成年人转介至社区，分流并非没有任何社会风险。一旦未成年人脱管而为所欲为，继续实行不端行为时，分流就会反有放虎归山、纵容犯罪的反效作用。有鉴于此，对未成年人分流的跟踪、监督、管理是建立未成年人分流监管机构后的首要任务，有关政法部门应当加强与学校、共青团、妇联、关工委、社区（乡镇、街道、居委会及村委会）日常联系，以学校或所在社区为基础构建分流基地，健全走访、回访及帮教机制。根据其在考察期间的综合表现，分别依法作出相应的处理决定，且视情再进行跟踪帮教与否。

为强化提高未成年人分流效果，可组织当地青年志愿者及社工组成未成年人分流协会。欧美未成年人分流的成功经验启发我们，志工之参与对

于分流实施至关重要。在美国明尼苏达州,志工在未成年人分流计划负责人统筹下负责安排适当休闲活动、游览、转介社区工作、启动调解、提供指导及鼓励等等。① 在触法少年父母或监护人、未成年人分流委员会及社工共同努力下,共同推动未成年人分流工作社会化。

① Viking Council. (2010). Juvenile Diversion Program Leader Handbook. Minneapolis, MN: Viking Council, p.5.

第六章　少年法院与未成年人审判

第一节　少年法院导论

少年法院之真正历史绝非肇始于合众国成文法条之零碎条款，亦非法典化编纂之产物，而是全新理念及方法于司法实务之体现及运作。①

——塞缪尔·J.拜柔(Samuel J. Barrows,1845—1909)②

一、少年法院的概说

(一)少年法院的目的与任务

多数国家都设有少年法院来处理少年问题，少年法院在整个司法中的地位与作用日渐突出。2002年全美少年法院共处理161多万起案件，较1985年增长41%。③《刑事司法系统中儿童问题行动指南》要求各国“应设立主要对犯有刑事行为的少年行使司法权的少年法庭，并应制订旨在顾及儿童特定需要的特别程序”。即便不能单独设立少年法庭，《行动指南》亦要求“普通法院应酌情纳入这种程序”。后者中，《行动指南》督促各国必要

---

① 转引自 Tanenhaus, David S. (2004). Juvenile Justice in the Making. New York, NY: Oxford University Press. p.23.

② 以上系时任“美国国际监狱委员会委员长”(Commissioner for the United States on the International Prison Commission)的塞缪尔·J.拜柔:Ronald Dworkin(Samuel J. Barrows)于1904年之言论。

③ National Center for Juvenile Justice. (2005). Juvenile Court Statistics 2001 - 2002. Washington, DC: U.S. Department of Education.

时应考虑制定国家立法和采取其他措施，当有儿童被送交少年法庭以外的其他法庭时，据《儿童权利公约》第3条、第37条和第40条规定，使其享有作为儿童的所有权利并受到保护。据加拿大《少年刑事司法法》第13条第1款规定，每个省及领地都有设立少年司法法院的责任。[①]

“少年法院”只是一个笼统的名称，尽管有些国家和地区明文规定处理未成年人问题的法院统一被称为少年法院，实际上不同国家和地区在不同的历史时期都使用过不同的名称。比如说，家事法院（family court）、少年与家庭关系法院（juvenile and family relation court）、少年与家事法院（juvenile and family court）以及少年司法法院（youth justice court）等等。即便是“少年法院”，英文中也有不同术语与之对应，包括“juvenile court”、“youth court”、“youth justice court”等，其中以“juvenile court”最为常见。英文“court”因其不同含义，在翻译为汉语时既可以“法院”也可以“法庭”代之。故此，“juvenile court”及其相近词大体上有“少年法院”及“少年法庭”之意。[②] 事实上，“tribunal”更具有汉语下“法庭”之意，不过“juvenile tribunal”表述目前仍尚不多见。

我国现行司法体系中尚无“少年法院”建制，而以“少年法庭”代之。但这并不代表其运作理念与规则有较大出入。少年法院强调个案处理，即对问题少年作个别的观察和适当的处分。也就是说每个少年偏差案件的判决应该是揭示问题少年的独特情况，而不是简单地对犯罪与偏差行为进行定罪量刑。少年法院的目的在于调查导致少年误入歧途的原因，然后有的放矢地制定一系列制裁和帮助措施使他们改邪归正。一般来说，少年法院的任务在于将受理问题少年案件、调查案情、裁判案件以及监督裁判结果的执行等等。具体到我国少年法庭，其任务在于以“教育、感化、挽救”为方针，遵循“教育为主、惩罚为辅”的原则，积极做好“寓教于审、注重感化”工作。

---

① Youth Criminal Justice Act, § 13.1.

② 近年来，国内主张建立独立建制少年法院的呼声此起彼伏，但中国幅员之广阔、国情之复杂决定了我们不一定一刀切，究竟构建、完善新的少年法院抑或维持、改革现有少年法庭，大可因地制宜。事实上，即便是在少年司法比较发达的美国及我国台湾地区，少年法院既有独立建制的少年法“院”，也有附属于普通法院的少年法“庭”。如在台湾地区，目前仅设有高雄少年法院，其余县市则在当地地方法院中附设少年法庭。

近年来各国少年司法政策动作频频,但总体看来大体在刑罚与矫正两个极端摇摆不定。作为少年司法体系核心的少年法院如何发展尚存诸多不确定因素,但是有一点是可以肯定的:不管是惩罚为主还是矫正为主,少年法院应当在维护社会正义和未成年人权利的前提下,依据问题少年的具体生理、心理因素和其所处的社会环境来矫正问题少年,以便他们可以正常返回社会。

(二)我国少年法庭的沿革

我国尚未设立独立建制的少年法院,而建有所谓的"少年法庭"。目前,我国少年法庭主要有以下模式:设在刑事庭内的少年案件合议庭、独立建制的未成年人刑事案件审判庭、未成年人刑事案件审判庭集中指定管辖庭及少年案件综合审判庭。[①] 截至2008年底,全国已建立2,219个少年法庭,已有7,000余名专任法官。[②]

1984年11月,上海市长宁区人民法院创立了我国第一个专门审理未成年人刑事案件的少年法庭,时称"少年犯合议庭"。1988年5月,最高人民法院在上海召开"全国法院审理未成年人刑事案件经验交流会",以"少年法庭"或"少年庭"代之,将少年法庭工作由局部试点向全国推广。[③] 此后,少年法庭的经验、做法迅速在全国推广。这些少年法庭受理案件的范围从未成年人刑事案件,扩大到涉及未成年人保护的民事、行政案件。1991年8月,江苏省常州市天宁区人民法院设立了全国第一个少年案件综合审判庭。

---

① 最高人民法院1991年1月26日印发的《关于办理少年刑事案件的若干规定(试行)》第3条曾规定,"人民法院应当在刑事审判庭内设立少年法庭(即少年刑事案件合议庭),有条件的也可以建立与其他审判庭同等建制的少年刑事审判庭。最高人民法院和高级人民法院应当设立少年法庭指导小组,指导少年法庭的工作,总结和推广少年刑事审判工作的经验"。显然,该规定将"少年法庭"与"少年刑事案件合议庭"两者混为一谈,大大缩小了前者的管辖范围,不利于未成年人保护。这也反映了司法实务界对少年法庭认识上的不断衍变。

② 王斗斗:《25年全国少年法庭逾2200个,陈至立、王胜俊向纪念大会致贺信》,载《法制日报》2009年11月3日。

③ 杨崇刚:《少年法庭名称》,载《法学杂志》1994年第6期,第87页。

最高人民法院相当重视少年法庭的各项工作，于1994年成立少年法庭指导小组，把对全国法院的少年法庭工作的指导列为重要的专项工作，同时启动了未成年人刑事审判方式改革试点工作。《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》提出完善审理未成年人刑事案件和涉及未成年人权益保护的民事、行政案件的组织机构，在具备条件的大城市开展设立少年法院的试点工作，以适应未成年人司法工作的特殊需要，推动建立和完善中国特色少年司法制度。2006年年底，最高人民法院确定18个"独立建制的未成年人案件（综合）审判庭试点单位"，这些试点单位改变以往只审理未成年人刑事案件模式，增加对涉及未成年人权益的民事、行政案件进行"三审合一"的审判的模式。试点法院的未成年人案件综合审判庭，除受理未成年人刑事案件外，还受理当事人一方或双方为未成年人的民事案件，以及婚姻家庭、继承纠纷案件中涉及未成年人权益的案件；当事人为未成年人的行政诉讼案件；未成年罪犯的减刑、假释案件，并且审理一审和二审上述类型案件。①

二、少年法院与刑事（成人）法院的联系与区别

（一）少年法院与刑事（成人）法院的联系

作为连接侦查与矫正之间的重要关节点，少年法院与刑事（成人）法院在各自司法体系中都占据重要位置，两者在当事人获得律师协助、较高证据规则、正当程序保障等方面具有一定的相似性。卡门等将少年法院与刑事（成人）法院间的类似点，尤其是在审判阶段共同点总结为六个方面，即当事人均有权获得正当程序保护、当事人有权获得律师帮助、当事人有免于自证其罪权、当事人有被告知权、当事人有当面质证与交叉询问证人权以及警方非法获得证据不得用于庭审的权利，②其中前五项权利在美国被视为联邦宪法性权利。

---

① 袁定波：《最高院披露中级法院少年法庭详情》，载《法制日报》2007年3月19日。

② del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 246 - 247.

（二）少年法院与刑事（成人）法院的区别

尽管有这样或那样的相同点，少年法院与刑事（成人）法院区别泾渭分明，两者诸多差别可以从二者使用术语的不同窥见一斑。刑事（成人）法院使用的术语表明了一种过错、谴责、罪恶和惩罚的意味；少年法院则体现了展示问题、需要、关切、救助和关爱的深切含义。美国犯罪学家彼得·格林伍德（Peter Greenwood）认为少年法院不同于刑事（成人）法院的区别表现为缺乏法定有罪判决（absence of legal guilt）、治疗而非惩罚（treatment rather than punishment）、非正式私诉（informal, private court proceedings）、与成年犯隔离（separateness from adult offenders）、侧重少年的背景和社会历史（focus on a juvenile's background and social history）、较短的监督和监禁期限（shorter terms of supervision and incarceration）与特色术语（distinctive terminology）七个方面。① 我国台湾少年法学者陈慈幸等认为，少年法院与一般（刑事）法院区别在于前者兼具司法、教育及保护性质、保护优先及教育优先精神、法官专业久任制度、少年调查官全程参与、协商式审理措施、个别化与多样化处遇方式及温暖与人性化审判环境。②

除个别情形外，少年法院在文字表述上亦凸显出与刑事（成人）法院不同的地方。在研习美国刑事诉讼法的时候，我们常常注意到这样一个有趣的现象，即检察官在提起控诉的时候通常是以其所代表的政府进行的。若是联邦检察官，他对被告人塞缪尔·胡佛（Samuel Hoover）的指控就可称为"合众国诉胡佛"（U. S. v. Hoover）或者"人民诉胡佛"（People v. Hoover）；若是州检察官，比如说得克萨斯州检察官，他对胡佛的指控可称"得克萨斯诉胡佛"（Texas v. Hoover）。理由很简单，作为刑事案件原告的检察官是政府在法庭的代言人，代表政府和刑事被害人追究罪犯的刑事责任。不但如此，在当事人主义的对抗制诉讼模式下，这种诉讼上的习惯用语也体现了政府与被告人之间在罪与非罪、罪轻与罪重上的较量。

在美国，少年法院通常较少以"合众国"（U. S.）、"人民"（people）或具

---

① 转引自 Lawrence, Richard. (1998). School Crime and Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press. pp. 172 - 173.

② 陈慈幸、蔡孟凌编著：《少年事件处理法学理与实务》，台北：元照出版公司 2009 年版，第 43—51 页。

体州(state)诉某未成年人,而以"In re A"代替之,其中A即为涉案未成年人。其中"In re"来源于拉丁文,意为"in the matter [of]",即"涉及某某人"。前文中反复提及的戈尔特案(In re Gault)即为此例,表明该州起诉戈尔特。若得克萨斯州一所初中的老师发现十四岁的胡佛经常逃学,其家长又常常吸毒,在这种情况下,该校向当地少年法院提交呈请状,要求少年法院适时介入。一旦少年法院决定受理此案,则本案将被称作"In re Hoover"。换言之,本案中并不存在传统刑事案件的控、辩双方。既然缺乏适格的控方和辩护方,且少年法院运作的目的是尽快审结案件,这样在刑事(成人)法院审理过程中常见的程序保障在少年法院里便有所缺失了。

考察国内外少年法院运作机制,本书作者认为,少年法院与刑事(成人)法院的主要区别包括审理范围不同、诉讼程序不同、法官作用不同、被告人权利不同、证明标准不同与判决结果不同等几个方面。

1. 审理范围不同

《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》强调,对未成年人的刑事责任只能由专门的司法部门来确定,且要通过比较严格的程序来保障准确确定刑事责任。美国少年法院推崇以民事或准民事程序来专门处理未成年人案件,而刑事(成人)法院则是对那些被控有犯罪行为的成年人进行审理与裁判。很明显,两者的最明显区别在于审理范围不同,正是少年法院采用完全不同于刑事(成人)法院的民事程序直接决定了少年法院审理的非刑事性。① 因为少年法院设立的主要目的在于保护和预防少年偏差的发生,少年法院有较大的司法自由裁量权来约束那些尚不属于刑法意义上的少年偏差行为。此外,刑事(成人)法院只受理那些被指控犯罪的刑事案件,被告人仅为涉嫌犯罪的自然人与单位。少年法院除了受理触法少年外,还对那些需要照管、抚养的少年进行管辖,这些还可能会涉及监护、抚养权等议题。

2. 诉讼程序不同

少年法院在案件处理时注重程序的非正式化,而刑事(成人)法院中所

---

① Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.341.

有诉讼参与人都中规中矩,对程序要求远较少年法院为严。受“国家亲权”影响,少年法院的法官们更适应直来直往,对未成年人案件力求迅速而及时。《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 4 款特别约定,对少年的案件,在程序上应考虑到他们的年龄和帮助他们重新做人的需要。《北京规则》第 14.2 条规定,“诉讼程序应按照最有利于少年的方式和在谅解的气氛下进行,应允许少年参与诉讼程序,并且自由地表达自己的意见”。

除涉及危害国家安全罪或隐私权等个别情形外,绝大部分刑事程序公开审理,而几乎所有的未成年人案件都是非公开的。总的来说,成年犯往往较未成年犯具有更高的社会危害性,为实现公正,刑事程序需要有较多的对抗性特征,以期在控辩双方激烈对峙中发现事实,以期“披云雾而睹青天”。[①] 少年案件在处理上则具有较大的灵活性,以反映不同未成年人的特点。我国少年法庭在审理程序上通常适用简易程序,刑事诉讼之中强调对未成年犯罪嫌疑人特别保护,包括不公开审理(包括十六周岁以下未成年人案件绝对不公开审理以及十六至十八周岁未成年人案件相对不公开审理两种具体情形)。

刑事审判的程序源于犯罪嫌疑人被提起指控。这种起诉书是正式的书面控诉,作用在于提醒法院注意所指控之人犯有某些罪名而需要得到公正审判。在少年法院,程序则是由“呈请”触发的。呈请状只是一种要求得到某种利益的书面请求,例如在校学生可以向老师提出呈请状以组织某种社团活动等。少年法院中使用的呈请状是一份提交给法院的书面请求,就某个具体未成年人的实际状况,请求法院予以管辖。有时,呈请状中提及的未成年人并没有被指控犯有任何罪行,相反地,呈请状中的文字表达了对该未成年人亟需帮助和关爱的关切。

刑事审判的第一个阶段便是传讯,也就是宣读具体指控的罪名。少年法院的第一个阶段则是收案听审。“收案”只是表明有一个案件需要处理。若法院发现呈请状中所言大体正确,将会对呈请状中的孩子行使管辖权。即便如此,这个孩子也并非被告人。呈请状中可以声称该未成年人所犯行为若由成人来实施则可能构成犯罪;也可以声称这个少年出于其他原因处

① 《晋书·乐广传》。

于潜在困窘或者罪犯之困难境地。在刑事(成人)法院的传讯阶段,被告人会被问及他们认罪与否。这里所谓的"有罪",是说被告人在主客观上都符合犯罪的构成要件。在少年法院的收案听审阶段,未成年人则会被问及他对呈请状中所言情况是否认可。换言之,未成年人只会被问及"行为"(actus rea)本身,不涉及犯罪意图。

在刑事(成人)法院,那些拒不认罪的被告人将接受庭审。庭审的本意便是解决两者间的纠纷和争斗。所以在刑事(成人)法院,检察官与被告人将你来我往,针锋相对。在少年法院,若少年并不认可呈请状中的内容,那么他就要面对裁判(adjudication)①听审。少年法院的法官同样需要甄别事实真相以发现呈请状中的内容是否真实可信。但是与刑事(成人)法院不同,少年法院在这个阶段对抗性相对弱化。

刑事(成人)法院最后一个阶段就是判决(conviction),也就是被告人有罪与否的判决。在少年法院,因为采取的是以裁判的方式审理案件,一旦法官发现呈请状中的内容与事实相符,那么少年法院就行使对该未成年人的管辖权,这就意味着法院将全面衡量以便作出最有利于"儿童最佳利益"的裁决。一旦成年被告人在刑事(成人)法院获罪,缓刑官就会对其进行"刑前调查"(presentence investigation,简称 PSI)以便向法官提出适当刑期的建议。在少年法院,缓刑官则准备该少年的社会报告以便向法官提出适当安置的建议。

在美国,目前未成年人案件或遵循民事程序或遵循刑事程序,以前者为常见。准民事的法律授权赋予了少年法院广泛的自由裁量权,法官能自由地对问题少年作出个人的、有时是独创性的处理。少年法院审理的非正式性和灵活性使得法官可以自由介入少年的生活。若少年的状况显示出犯罪征兆,则法院有权采取行动。即使仅有少量证据证明该问题少年可能会犯某种罪,法官也可以要求把好斗或精神有问题的少年送进庇护所或收容所。

---

① 很多学者将"adjudication"翻译为"审判"也不准确。应该说在普通刑事法院中"adjudication"的含义与"trial"无异;但是在少年法院中则区别甚大。因为实际上我们可以把审判分为审理和裁判,而审理则往往需要引入正当程序。很显然少年法院在审理上缺乏像刑事法院那样密集而系统的程序保障。近年来,随着少年法院刑事化趋向,"trial"在未成年人审理中亦不罕见。

虽然法官这样便宜从事与“国家亲权”原则并无矛盾之处，实际上这也是少年法院积极的一面，但凡事均有其两面性，少年法院制度本身也是双刃剑，将不可避免地展现其消极一面，即法官自由裁量权可能会被滥用，其个人观点有时会强加在相对无罪的少年身上。

3. 法官作用不同

在刑事(成人)法院中，法官居间裁判，不偏不倚，作用相当于“中立人”(neutral person)，采取不告不理原则。在少年法院中，法官则扮演着“睿智父母”的角色，经常主动调查并干预司法进程。少年法院的法官凭其自由心证作出判决，而这种自由裁量权的程度是刑事(成人)法院从未享有过的。

具体到我国少年法庭，法官大都以女性为主，陪审员则来自地方妇联、共青团、工会及学校等部门。

4. 被告人权利不同

在美国刑事审判中，被告人通常有陪审团审判权、律师辩护权、获得正当程序保护权、禁止自证其罪权、禁止双重危境权、同证人对质权、以强制程序获得证人权、获得迅速和公开审判权、获得公平公正审判权以及有罪证明必须达到排除合理怀疑程度的权利等权利。① 在未成年人案件审理中，上述权利中有许多权利并未明文规定，特别是陪审团审判权。时至今日，美国已有近四分之一的州立法赋予未成年人陪审团审判的选择权。②

通过“布瑞德诉琼斯”(*Breed v. Jones*)一案，可知少年法院对问题少年的判决也遵循“禁止双重危境”的原则，③避免了问题少年在少年法院获罪后又被移转到成人法院再次受审的可能。需要指出的是，尽管联邦法院通过一系列判例来增加少年在少年司法中的权利，然而这些权利主要都集中在庭审中，未涉及侦查和拘捕程序。

在我国，现阶段因未成年人案件基本上为刑事案件，加之尚无相对独立

---

① [美]罗纳尔多·V. 戴尔卡门著，张鸿巍等译：《美国刑事诉讼：法律和实践》，武汉：武汉大学出版社2006年版，第501页。

② 宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，北京：中国政法大学出版社1999年版，第334页。

③ Breed v. Jones, 421 U.S. 517 (1975).

的少年司法制度,少年审判程序与成人审判并无大的差异,只是某些环节上有所区别而已。我国《刑事诉讼法》涉及未成年人保护的直接条款仅有3条。如第152条规定,人民法院审判第一审案件应当公开进行。十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件,一律不公开审理;十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件,一般也不公开审理。第14条规定,对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件,在讯问和审判时,可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。第34条规定,被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

5. 证明标准不同

在美国,由于审讯常被视为准民事性质的,少年法院不必过于拘泥刑事审理的宪法性限制。在刑事(成人)法院中欲判处被告人有罪必须满足"超越合理怀疑"的证据证明标准,而这较少年法院要求定案标准为高。但是少年法院则采取与民事法院相同的"充分证据"或"优势证据"标准。只有对涉及未成年人自由的案件才采取"超越合理怀疑"这一刑事标准。不过在我国,未成年人案件证明标准与刑事(成人)案件并无区别,这也是未来少年司法构建中亟须着重考虑的地方之一。

6. 判决结果不同

对于刑事(成人)法院而言,法官可在较大幅度内对获罪被告人判处各类刑罚,从社区服务直至死刑。相比而言,少年法院的法官在量刑方面有很大区别,处理结果涵盖方方面面,但归结到一点,都以矫正、教化、挽救为主要目的。如我国少年法庭,即坚持对未成年被告人量刑时尽可能贯彻"能免不判、能缓不实、能轻不重"原则,对问题少年适用刑罚时,立足教育和挽救,依法多判处非监禁刑。

三、少年法院的收案范围

(一)概述

随着社会发展、未成年人身心成熟以及公众对犯罪与偏差认识和主张的演变,少年法院自创设伊始就不断调整、充实其管辖范围。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第7条建议,"未成年人的刑事责任以及

由这种责任所产生的后果必须由专门的司法部门确定，该司法部门有不同于成人司法的独立的司法权”，继而又建议，“该司法管辖权最好能扩展到与未成年人有关的所有问题”。当然在各类管辖权争议中，属地管辖首当其冲。一般说来，少年法院的管辖范围包括两大类：由未成年人实施的不法行为；由未成年人以外，通常为未成年人监护人所实施的涉及未成年人利益的行为。

据我国台湾地区《少年事件处理法》第 14 条规定，“少年保护事件由行为地或少年之住所、居所或所在地之少年法院管辖”。高雄少年法院主要处理少年保护事件、少年刑事案件及专属少年法院管辖刑事案件三种案件。其中，少年保护事件指问题少年的轻微偏差行为。少年刑事案件包括少年所犯最轻本刑为 5 年以上有期徒刑罪、事件系属后已满二十岁者以及少年虽非上述情形，但犯罪情节重大，参酌其品行、性格、经历等情状，以受刑事处分为适当者。至于专属少年法院管辖十八岁以上所犯下列刑事案件，亦由少年法院管辖：检察官起诉后由该院刑事庭法官负责审判：对儿童及少年有违反儿童福利法或少年福利法行为，并触犯刑罚法律刑事案件。此外对儿童及少年犯儿童及少年性交易防治条例刑事案件亦属此列。

各国与地区对各自少年法院的管辖范围不尽相同，且方式各异。有的直接采取列举方式将收案范围一一加以明示，这样做的好处是一目了然，避免相互搪塞。但是弊端也是显而易见的，毕竟不同于成年人犯罪，未成年人犯罪与偏差表现形式更为多样，且变换较快，往往很难穷尽。针对这种情形，亦有一些国家与地区采取模糊处理，即不明确少年法院的具体管辖范围，而是根据实际情况具体处理。这样做固然可以规避管辖范围不能穷尽的问题，但是亦会出现少年法院大包大揽或者置之不理两个极端。仍以台湾地区为例，其《少年事件处理法》第 15 条规定，少年法院“经调查后认为以由其他有管辖权之少年法院处理，可使少年受更适当之保护者，得以裁定移送于该管少年法院。受移送之法院，不得再行移送”，这就涉及移送管辖的问题。

（二）少年法院的对人管辖权

顾名思义，少年法院以“少年”作为最主要审判对象，一般是不会将成

年人作为审理对象的，除非涉及监护、收养以及遗弃或无力抚养未成年子女。除个别例外，各国少年法院一般受理十八岁以下未成年人案件。如美国《模范刑法典》第4.10条规定，十六岁以下未成年人应由少年法院管辖；除非少年法院弃权，否则介于十六或十七岁之未成年人亦应受少年法院管辖。①

但是少年法院也不可能受理所有年龄段的未成年人案件，比如说5岁未成年人偷窃邻家苹果。很显然，少年法院一般是不会受理这样的案件的，除了标的过小，可能年龄过幼也是主要因素之一。限于人力、物力和可调配的其他司法资源，少年法院不可能事无巨细地加以管辖。换言之，少年法院也需要为其收案范围中的未成年当事人设定年龄上限与下限。如加拿大《少年罪犯法》规定在其少年司法制度下，处理年龄介乎十二至十七岁的少年犯。我国《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行）》第6条规定了少年法庭受理案件的范围，“被告人犯罪时不满十八岁的；共同犯罪案件中，犯罪集团的首要分子或者主犯犯罪时不满十八岁的；共同犯罪案件中，1/2以上的被告人犯罪时不满十八岁的。其他涉及少年的刑事案件是否由少年法庭受理，由法院院长或者审判庭庭长决定”。

与其他国家相比，美国少年法院在问题少年的年龄界定上更为复杂。1899年《伊利诺伊州少年法院法》通过伊始便将十六岁作为少年法院收案的最高年限，即该州少年法院对任何十五岁或以下的违反州法律或市法令的少年犯行使管辖权。随着其他州开始建立少年法院，少年法院管辖范围的上限普遍增加到十六岁或十七岁。目前五分之一的州将各自少年法院的年龄管辖范围上限定为十五岁或十六岁，其他绝大多数州都是界定十八岁为少年法院管辖的未成年人犯罪年龄上限，也就是说在这些州内一旦少年年满十八周岁少年法院即丧失对其的管辖权。在此年龄之上，则是刑事（成人）法院管辖范围。截至2004年，仅有康乃狄克州、纽约州、北卡罗莱纳州三个州将少年法院管辖权局限于十五岁以下未成年人。打个比方说，马克十七岁时暴力抢劫路人财物。若按照纽约法律，他应在刑事（成人）法院受审；倘若在得克萨斯州则由少年法院审理。

① Model Penal Code, §4.10.

尽管如此，这些最低或最高年龄限定也不固定，而是随着社会对未成年人犯罪与偏差的容忍程度、未成年人犯罪与偏差的本质与社会危害而不断作出适当调整。尽管美国法律尤为重视法律的相对稳定性，但不少州针对少年法院管辖权的禁锢已开始慢慢松动。从 1975 年开始，至少已有四个州在这方面进行了调整：1976 年，阿拉巴马州将十五岁这一最高年龄限度升为十六岁，紧接着又于 1977 年进一步升为十七岁；1992 年，怀俄明州将最高年龄限度从原先的十八岁减至十七岁；而在 1996 年时，新罕布什尔州与威斯康星州双双将各自管辖未成年人犯罪与偏差的年限从十七岁减至十六岁。[①] 不过对于某些特定未成年人的违法行为，特别是身份过错，美国有些州的少年法院仍可对二十岁以下行使管辖权。

需要说明的是，如当事人犯罪与偏差时未成年，但由于种种原因，一直到其成年时或成年后方被发现其劣迹而须绳之以法，在这种情况下，这一案件一般仍由少年法院审理。打个比方，以十八岁为成年与未成年的分水岭，若某甲十三岁时受电视中古惑仔影响而刻意模仿，铤而走险，劫杀邻居。案发后不久便被警方拘留，此案即可由少年法院审理。倘若一直到十八岁或者三十岁才案发，则仍旧由少年法院予以管辖。当然，上述两种情况下，少年法院均可按照一定条件放弃管辖权而将案件移转至刑事（成人）法院。但少年法院管辖权的放弃必须是明示的，且须经过听证，不能以当事人受审时已成年为由直接交刑事（成人）法院审理。

（三）少年法院的具体案件受理范围

各国少年法院对案件的管辖范围随国情不同而有一定差异，但一般都会包括未成年人犯罪与偏差、身份过错以及未成年人保护。但近年来少年法院管辖范围有逐步扩大趋势，以美国为例，有些州甚至制定“全方位法律”（catch-all statute）将少年所有的不当行为纳入少年法院的管辖范围。例如 2002 年加利福尼亚州通过一项法律，严明该州的所有十八岁以下未成

---

① Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2004). Upper Age of Original Juvenile Court Jurisdiction. Retrieved February 13, 2007, from http://www.ojjdp.ncjrs.gov/ojstatbb/structure_process/qa04101.asp? qaDate=2004.

年人，当其实施了任何联邦、加利福尼亚州和地方法律规定为犯罪的某一行为时，他必须接受少年法院的管辖。[①] 在纽约、芝加哥、休斯敦等大都市里，少年法院还要负责管理收容那些被遗弃或者生活不能自理的少年。

1. 未成年人犯罪案件

首先就未成年人犯罪而言，这些行为基本上无异于相应的成年人犯罪。香港《少年犯条例》规定，“少年法庭具有司法管辖权聆讯及裁定针对儿童或少年人的任何罪行的检控，但杀人罪行除外”。我国最高人民法院有关数据表明，目前“基本上做到所有未成年人刑事案件均由少年法庭审判”。[②] 目前，我国大陆地区少年法庭将未成年人犯罪纳入其中，台湾地区少年法院亦将所谓“少年非行”列入其管辖范围之内。《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定，“本解释所称未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的案件”。这些案件来源通常较为稳定，但若社会思潮、未成年人犯罪率与总量以及刑事司法政策变化都可能导致案源有所变化。近年来美国许多州通过立法将未成年人帮派案件从少年法院移转刑事(成人)法院审理即为其中一例。[③]

2. 身份过错案件

身份过错，如“不道德行为”、“陋习难改”、“行为猥亵”以及“懒散虚晃”等，这些罪名内涵及界定标准往往含糊不清，给少年法官提供了较大的自由裁量空间。

【案例四十二】

2004年6月美国堪萨斯州KMBC电视台报道了一则令人难以置信的消息，当地中学生思想开放，年龄仅有十几岁便开始发生性行为，一对分别为十五岁和十七岁的中学生情侣甚至还将地点选择在电影院内。这对少年情侣以公众场合肆意挑情且举止下流

---

① California Welfare and Institutions Code, § 602 (West 2002).

② 田雨:《所有未成年人刑事案件基本上均由少年法庭审判》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/legal/2007-05/31/content_6181536.htm,2007年5月31日。

③ Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 199.

被少年法院审讯，并被禁止进入电影院。[1]

由于“零容忍”（zero tolerance）对学校的影响，越来越多的公立学校将那些逃学少年和不服管教的少年送至少年法院安置，可以预见在未来的一段时间里少年法院对身份过错案件的受理量将继续增加。我国大陆地区少年法庭尚未将身份过错列入管辖范围，但台湾地区少年法院已将“虞犯”作为管辖对象。

3. 未成年人保护案件

遭受父母虐待以及政府认为其父母未尽到责任的未成年人案件往往包罗万象，涉及收养、父母权利终止（termination of parental rights proceedings）以及监护等案件。收养、父母权利终止案件包括父母故意遗弃或虐待子女，以及无力抚养子女等情形。监护案件则涉及因病、贫、入狱等而不能实际照顾其子女等情形，具体包括子女监护权及探视、变更抚养关系、探视权纠纷、塑造亲子关系、寄养、收养、父母权利终止、民事保护令等。台湾地区规定，少年法院可受理“受忽略或受虐待儿童及少年儿童及少年严重受到家长或现在保护之人的忽略或虐待者”以及“依赖型儿童及少年儿童或少年缺乏法定代理人（如父母）或现在保护之人所能提供适当的照护者”等案件。之所以涵盖范围如此之广，主要是因为人们认为对未成年人的全面性监护应贯穿其整个成长过程，以尽到“国家亲权”的责任与义务。2004 年 3 月，有人向洛杉矶郡少年法院提出呈请，要求法院剥夺面临猥亵少年指控的已故美国流行歌王迈克尔·杰克逊（Michael Jackson，1958—2009）对他 3 个子女的监护权，以确保这些未成年人的安全。

四、我国少年法院收案范围的发展与设想

近年来，我国各级法院积极探索少年法院的收案范围，不少地方进行了“未成年人案件综合审判庭”的试点，实践证明是行之有效的。作为最高人

[1] 《美中学情侣电影院内公然翻云覆雨，被人逮个正着》，载 http://www.7139.com/sex/HTML/16.html，2007 年 12 月 20 日。

民法院确定的18个“独立建制未成年人案件综合审判庭”,北京市第二中级人民法院进行了若干试点与创新。该庭扩大未成年人案件受理范围,将民事、行政诉讼等案件列入了未成年人案件受理范围。除受理未成年人刑事案件外,还受理当事人一方或双方为未成年人的民事案件,以及婚姻家庭、继承纠纷案件中涉及未成年人权益的案件;当事人为未成年人的行政诉讼案件;未成年罪犯的减刑、假释案件,并且审理一审和二审上述类型案件。[①] 显然,除了传统上的刑事案件外,民事案件与行政案件被纳入其中是明显的变化。

以南昌中院少年法庭为例,其少年审判庭受理案件范围包括刑事、民事、行政一审和二审案件及减刑、假释案件。具体来说,刑事案件包括被告人为未成年人的案件,被害人为未成年人的刑事附带民事案件,未成年人为首犯、主犯的共同犯罪案件,共同犯罪案件中未成年被告人达到半数以上的刑事案件;民事案件包括未成年人监护权、姓名权、探视权、继承权、人身损害赔偿以及未成年人要求追加抚养费的诉讼案件,未成年人要求确认或解除收养关系的案件,侵害未成年人接受教育权的诉讼案件,涉及未成年人的保险合同纠纷案件;行政案件包括未成年人不服公安机关依照《治安处罚法》作出的治安处罚决定的案件,在校未成年学生不服学校作出的行政处罚案件,已满十六周岁的未成年人不服学校作出的行政处罚案件,已满十六周岁的未成年人不服行政机关对其生产、经营场所作出的行政处罚案件。除此之外,还受理未成年人罪犯的减刑、假释案件。[②]

结合国际惯例与现行有关法律,考虑到我国历史与现状的具体国情,本书作者对未来我国少年法院管辖范围有如下简单设想:除了传统的未成年人犯罪案件外,应当将未成年人治安及身份过错案件列为少年法院未来业务范围之一,且为主要案源。此外,为保护未成年人合法权益,少年法院还应将未成年人监护等案件置于其管辖之下。

首先,原则上对六至十八岁的未成年人治安及身份过错案件享有管辖

---

① 参阅袁定波:《最高院披露中级法院少年法庭详情》,载《法制日报》2007年3月19日。

② 参阅夏晓媛、夏欢:《南昌中院少年审判庭昨挂牌为全国首批18个试点单位之一,受理涉及未成年人的刑事、民事、行政等案件》,载《新法制报》2007年1月9日。

权。这类案件主要包括身份过错,特别是逃学、离家出走、夜不归宿等案件,属于准民事案件。

其次,对十六岁以上以及十四至十六周岁触犯刑法规定的八种犯罪(故意杀人罪、故意伤害致人重伤或者死亡罪、强奸罪、抢劫罪、贩卖毒品罪、放火罪、爆炸罪、投毒罪)的未成年人享有刑事管辖权。此外,未成年罪犯的减刑、假释案件以及一审和二审上述类型案件也属于少年法院管辖范围。

最后,为加强对未成年人的立体保护,少年法院还应将涉及未成年人监护、遗产继承等民事案件以及当事人为未成年人的行政诉讼案件纳入管辖范围。

第二节　少年法院结构论

> 法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯。
>
> ——罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin,1931—　)

> 法官就是法律由精神王国进入现实王国控制社会生活关系的大门。法律借助于法官而降临尘世。
>
> ——古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878—1949)

一、少年法院的组织建构

(一)少年司法组织架构

除极个别例外,少年法院依法令成立并运作。香港《少年犯条例》第3A条规定,“少年法庭按照该条例组成,并为聆讯任何针对儿童或少年人的检控而开庭,或为行使由本条例或其他条例或依据本条例或其他条例所授予少年法庭的任何其他司法管辖权而开庭”。通常来说,少年法院有三种组织形式:独立建制、附设于下级法院(如市法院或地区法院)以及附设于上级法院(如巡回法院或高级法院)。据美国犯罪学家泰德·罗宾(Ted Rubin)分析,少年法院可包括这样三种类型,即普通管辖法院(general

jurisdiction trial court)、特殊管辖法院(special jurisdiction trial court)与有限普通管辖(limited jurisdiction trial court)。① 以美国华盛顿州克拉克郡少年法院为例,尽管该院创设于1900年代,但时至今日仍作为"克拉克郡高等法院"(Clark County Superior Court)之一部门(division)。②

作为联邦国家,美国共有52套法院体系(一套联邦法院系统、50个州法院系统以及哥伦比亚特区法院系统)。各个不同的法院系统互不隶属,在各自职权范围和管辖范围内各司其职。比较特别的是,美国并没有联邦的少年法院系统,但却有51个州一级的少年法院系统。虽然没有专门设立少年法院,但是联邦法院仍然要处理不同性质的未成年人犯罪与偏差问题,因为触犯联邦法律的未成年人案件总是层出不穷。面对这种情况,联邦法院系统并非束手无策。一旦联邦法院认定问题少年有罪,后者则将面对来自联邦的一系列惩处,包括入监。③ 此类案件通常可交付联邦地方法院处理,但是被判定有责的问题少年仍将在州或地方少年机构里服刑。④

自创设伊始,以少年法院为核心的美国少年司法制度先后发展出一系列法治理念与法律制度。1899年芝加哥少年法院尚不是独立建制法院,不过是州巡回法院的组成部分而已。在得克萨斯州,通常地区法院(district court)为该州少年法院的实际审判机构。在个别情况下,郡法院(county court)或家庭关系法院(domestic relations court)也可充作少年法院。但这并不是说在处理未成年人案件上这些法院会采用刑事法或程序,相反,仍须严格遵循少年法院审理的一般性规则,区别仅在于法庭人员组成上远不如独立建制的少年法院充足。

德国有三种类型不同的少年法院:第一种是由一名少年法官

---

① 转引自 Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.224.

② Escamilla, Pat. (2010). A Message From Our Juvenile Court Administrator. Retrieved August 31, 2010, from http://www.co.clark.wa.us/juvenile/index.html.

③ Wallace, Harvey. (1998). Victimology: Legal, Psychological and Social Perspectives. Needham Heights, MA: Allyn & Bacon. p.41.

④ Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.334.

(jugendrichter)独立审理轻微案件;第二类是由一名少年法官与两名少年陪审员(jugendschoffen)组成的合议庭对较重的案件进行审理;第三类法院则负责严重刑事案件与上诉案件,同样由一名少年法官与两名少年陪审员组成合议庭。在澳大利亚,处理家庭法律事务的法院有三种,分别是家庭法院(family court)、联邦治安法院(federal magistrates court)以及地方法院(local court)。受英国普通法影响,香港法院体系比较复杂,包括终审法院(court of final appeal)、高等法院上诉法庭(court of appeal)、高等法院原讼法庭(court of first instance)、区域法院(district court)、裁判法院(magistracy)以及土地审裁处(lands tribunal)、劳资审裁处(employment tribunal)、小额钱债审裁处(small claims tribunal)等审裁机构。香港目前设有7所裁判法院,裁判法院里的少年法庭负责审理被告人为儿童和十六岁以下的少年人的案件,但不包括杀人罪。少年法庭亦有权对十八岁或以下青少年发出看管及保护令。此外区域法院中的家事法庭处理离婚及其他家事纠纷,包括子女监护权。少年法庭据香港法例第226章《少年犯条例》组成,由终审法院首席法官委任的常任裁判官审理案件。1997年香港回归以前,少年法庭被称为儿童法庭。目前香港特别行政区在东区、南九龙、观塘、荃湾、沙田及屯门六个地区均设有少年法庭,对犯罪嫌疑人系十六岁以下刑事案件(凶杀案件除外)、十八岁或以下少年看管及保护案件进行管辖。家长或监护人若"对于判决的课刑不满,可以向高等法庭原讼法庭上诉"。若未成年人犯有凶杀罪,家人亦可替其获刑提出上诉。

虽然我国台湾地区在少年法立法方面总体进展较为顺利,但其少年法院在组织构建上也一波多折,直到1999年高雄少年法院的正式组建为标志才宣告少年法院的独立建制。高雄少年法院下设保护法庭与刑事法庭。台湾地区《法院组织法》第8条规定,"在特定地区,因业务需要,得设专业地方法院;其组织及管辖等事项,以法律定之"。其《少年事件处理法》第5条规定,"直辖市设少年法院,其他县(市)得视其地理环境及案件多寡分别设少年法院;尚未设少年法院地区,于地方法院设少年法庭。但得视实际情形,其职务由地方法院原编制内人员兼任,依本法执行之。高等法院及其分院设少年法庭"。换言之,台湾地区少年法院组织形式既包括独立建制的少年法院,也包括增设于地方法院与高等法院及其分院所立的少年法庭两

种形式。对于后者,《少年事件处理法施行细则》第2条规定,“少年法庭得不分设刑事庭、保护庭、调查保护处及公设辅佐人室”。以台南地方法院为例,即设有“少年家事法庭”以负责关于家事纷争及少年触法案件。因其将“少年事件”与“家事案件”列入受理范围,其管辖范围颇具特色。其中,前者包括少年保护事件、儿童保护事件与少年刑事案件,后者则涵盖因婚姻、亲子关系、禁治产及死亡宣告等诉讼,依非讼事件法所定财产管理、监护、收养、继承等,因婚姻、亲属关系、继承或遗嘱所发生的民事诉讼以及家庭暴力事件处理及预防等案件。[1] 就少年法院内部组织方面,台湾地区《少年事件处理法》第5—1条规定,少年法院分设刑事庭、保护庭、调查保护处、公设辅佐人室,并应配置心理测验员、心理辅导员及佐理员。

需要说明的是,鉴于未成年人案件往往很难与家庭案件特别是家庭暴力案件截然分开,不少国家与地区有将少年法院建制扩大,以增加其受案范围之势。以我国台湾地区为例,高雄少年法院未来拟将家事及家暴案件纳入其受案范围,朝妇幼法院方向发展。[2] 2010年12月8日,台湾地区公布了《少年及家事法院组织法》即反映了这一趋势。

(二)少年法院的审判组织与审级设定

各国和地区具体司法实践中对于审判组织的构成通常有独任制、参审制与混合制三种形式,具体来说:

其一,美国模式下的独任制,由独立的法官充任审判员,其他人等不得主持审判过程,具有明显的排他性,这也是各国及地区较为通行的做法。依据美国法律,未成年人在少年法院受审时并不一定享有获得陪审团审理的权利,尽管这一权利早已为联邦宪法修正案所认可而成为美国人的最基本民权之一。我国台湾地区也采用法官独任制,其《少年事件处理法》第20条规定,“少年法院审理少年保护事件,得以法官一人独任行之”。采用这种模式的还有我国香港,其《少年犯条例》规定,“少年法庭由终审法院首席

① 参阅台南地方法院有关网页介绍,载(中国台湾)http://60.249.218.170/hn/pl-1.asp? tit=1,2009年2月26日。

② 程启峰:《高雄少年法院将朝妇幼法院方向发展》,载(中国台湾)http://64.62.138.84/b5/6/3/24/n1265417.htm,2009年2月26日。

法官所委任的一名常任裁判官组成”。

其二,德国模式下的参审制,除有专业法官之外,针对未成年人案件的复杂性可选取陪审员会同法官一起共同担当起审理未成年人案件的责任。这些背景不同的陪审员,可结合各自所长,为案件的及时解决提供专业意见与咨询,以弥补法官在未成年人保护专业知识上的欠缺。

其三,姑且称之为混合制。实际上,上述这两种模式并非截然对立,而是越来越呈现出“你中有我,我中有你”的特点,相互借鉴趋势日见明显。以我国现行刑事诉讼规则为例,对于轻微刑事案件,可采用法官独任制审理模式;对于较复杂案件,则采取合议庭制,由专业法官担任审判长,由专业法官或1至2名人民陪审员组成合议庭。《关于办理少年刑事案件的若干规定(试行)》第3条规定,“人民法院应当在刑事审判庭内设立少年法庭(即少年刑事案件合议庭),有条件的也可以建立与其他审判庭同等建制的少年刑事审判庭”。

少年法院审级设定实际上涉及未成年人案件的上诉权问题。若审级设计过多,且初审法院级别过低,徒增司法成本,不利于及时对问题少年进行矫正以及对被害少年进行救助。而若审级过少,或者初审法院级别过高,就无形之中减少了未成年人寻求司法保护的力度,一定程度上也削弱了少年司法的立法本意。据我国现行刑事诉讼法与刑法有关规定,未成年人案件主要由县级基层法院(含派出法庭)与中级法院两级法院审理。

(三)少年法院的内在构造与陈设安置

除了结构与组织建设外,少年法院内在构造也是影响未成年人案件审理与问题少年矫正的重要因素。所谓少年法院内在构造,乃系指少年法院或少年法庭作为审判机构在空间面积、内部陈设、坐席安排等方面的配置。它集中反映了少年法院处理未成年人案件的具体态度与方式。不同于刑事(成人)法院,各国少年法院均力倡“教育为主、惩罚为辅”的法庭环境,以营造出相对宽松的氛围。

传统审理未成年人案件的刑事(成人)法院,法庭内部设施与审理成人时无异:均设有一定高度的审判台,审判员及陪审员端坐于上;以木栅栏围起的被告人席,法警“护卫”未成年被告人左右。许多心理学研究表明,这

样严肃的法庭环境往往会给被告人一定压力，并辅以心理暗示。对于穷凶极恶的成人被告人而言，这样做自然无可厚非。但是若不加区别一概用于未成年人案件，则可能带给未成年人较多负面影响。这种法庭环境不但会造成未成年被告人过于紧张，且还可能对法官造成一定影响：不管是否出于本意，法官往往声色俱厉。

这种情况最近有了很多改观。从2005年11月30日起，上海市闵行区法院少年法庭摒弃了传统的矩形审判格局，改用圆桌形的审判台，而且"整个法庭布置色调温和，浅色的墙壁、柔和的灯光，精美的装饰画和生意盎然的绿色植物"。[①]《河口区人民法院〈关于建立依法办理未成年人犯罪案件互相配套工作体系〉实施意见》第17条规定，"审理未成年人刑事案件应在辩护台靠近旁听区一侧为未成年被告人的法定代理人设置席位，开庭审理时，详细向未成年被告人及其法定代理人告知依法享有的各项诉讼权利"。在我国台湾高雄少年法院，其保护法庭采长方形桌面设计，拉近法官与被告人的距离。

二、少年司法工作者

《北京规则》要求各缔约国，"行使处理权的人应具有特别资历或经过特别训练，能够根据自己的职责和权限明智地行使这种处理权"。因涉及面较广，少年司法常弃"诉讼参与人"，而代之以"少年司法工作者"(juvenile practitioner)。少年司法工作者因不同法域而有些微差异，但大都包括法官、书记员、调查官、辩护律师以及法警等等。

(一)法官

依"国家亲权"理念，国家在父母及监护人无力或懈怠亲权时得以国家强制力强力介入，实现对未成年人保护的目的。与成人法院的法官相比，少年法院的法官通常都拥有较大的自由裁量权。尽管法官地位及作用可能因各国国情有所不同，但毫无疑问的是，职业法官在其中任一模式下均处于核

① 杨金志：《"圆桌法庭"审少年犯已渐成常态》，载《新华每日电讯》2005年12月6日。

心地位，对于案件审理的全过程起着举足轻重的作用。少年法院的法官化身为未成年人的临时替代父母，肩负起矫正其不良性格、优化成长环境的重任。审理中，法官必须承担起“仁慈而严厉的父亲”角色，这与“国家亲权”的本意不谋而合。与其说法院是审理未成年人犯罪与偏差的场所，不如说是对未成年人对症治疗的诊所，以确定何种治疗方案对其健康成长更为有效。法官需从未成年人立场思量全盘解决方案，有的放矢，急未成年人之所急，想未成年人之所想。

在这方面，美国科罗拉多州丹佛少年法院的本杰明·林德赛法官（Benjamin Lindsey，1869—1943）被誉为少年法院法官楷模声名远播。他经验丰富，见解犀利，作为国际公认的未成年人犯罪与家庭关系研究的权威，著有《现代青少年之叛逆》（*The Revolt of Modern Youth*）一书。他对少年司法的贡献远不限于此。林德赛法官不仅是美国少年法院运动的先驱者之一，并主持筹建了丹佛少年法院。在其1900—1927年主政期间，该少年法院闻名世界。秉持法律应对未成年人有不同于成年人的对待这一坚定信念，他关注贫困与未成年人犯罪之间的关系，起草了诸多对美国少年司法制度具有深远意义的法律文书，并首创或推介若干行之有效的少年司法运作模式。例如，他引入“荣誉系统”（honor system），率先在该州勾登市习艺所得以实行。这一体系允许男童可不入校，但必须遵守《荣誉规则》（*Code of Honor*）。在数百名习艺所学员中，仅五人未能遵守。正是其赤子之心，使得其在处理未成年人案件时经验老到，游刃有余。

在很长时间里，法官的职业素养与其社会地位却是少年法院的老大难问题。以美国为例，直到20世纪60年代末，少年法院的法官报酬比较成人法院的少，且没有专门的书记员为其分忧解难。据调查，当时四分之一的少年法官没有受过法学院教育，而五分之一的少年法官甚至没有读过大学。①《儿童权利公约》第3条第3款要求各缔约国，“应确保负责照料或保护儿童的机构、服务部门及设施符合主管当局规定的标准，尤其是安全、卫生、工作人员数目和资格以及有效监督等方面的标准”。早在1936年5月，我国

① Guarino-Ghezzi, Susan and Edward Loughran. (1996). Balancing Juvenile Justice. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers. p. 97.

国民政府司法行政部颁布训令，“至审理此种少年之诉讼程序，虽应依照刑事诉讼法办理，然少年犯之心理，究与成年犯有别。若审判时不加注意，予以同一处置，殊失保护少年之宗旨。嗣后各该法院对于少年案件，务须择法官之经验丰富，性情和厚，且于心理学、犯罪学、教育学有相当研究者分配审理”。① 考虑到当时严峻时局，能提出这样的主张着实不易，具有较强的超前意识。可惜因日寇入侵，加上内战与军阀割据，要求各地组建这样高标准的少年法官队伍几乎是不可能完成的任务。

经过经年累月的不懈发展，各国和地区少年法院法官队伍不仅在数量上有了惊人增加，同时在专业素质上也有了质的飞跃。目前，美国、英国、加拿大、新西兰等国均要求担当少年法院的法官除具备一般法官任职资格外，仍需额外资格或接受特殊培训，通晓未成年人保护相关理论。如英国《1954 年少年法庭（组成）规则》规定，“获甄选担任少年法庭法官的裁判官，必须在处理青少年案件方面‘具有特别资格’”。据新西兰《1989 年儿童、青少年及其家庭法令》的规定，“获委任为少年法庭法官的区域法院法官，必须具有所需的训练、经验、性格，以及对不同文化观点的了解和认同”。②

在少年法院法官筛选方面，目前做得较好的当属我国台湾地区。2003 年 10 月 14 日公布的《少年法院院长、庭长及法官遴选办法》对台湾少年法院法官任职资格作了比较详尽的列举。如少年法院院长及法官须对少年保护具有较高学识、经验与热诚。为将这一相对主观的概念落到实处，该办法逐一列举学识、经验与热诚的认定办法。以学识为例，该办法规定系“指与少年保护相关之法学、心理学、精神医学、教育学、犯罪学、社会学、家庭动力学、儿童及少年福利、咨商与辅导学、社会政策与社会立法、社会工作、个案研究等专业学识”。而经验系指“曾在少年教育或辅导机构、社会福利机构或相关之团体从事教育、保护或辅导少年等工作，或曾在少年法院办理少年事件等之经

① 转引自沈银河：《中德少年刑法比较研究》，台北：五南图书出版公司 1988 年版，第 13—14 页。

② 余肇中：《选定海外地区少年法庭的运作》，香港：立法会秘书处数据研究及图书馆服务部，2003 年 5 月 20 日，第 52 页。

验”。至于热诚则是由“司法院”“办理性向及心理测验评量之”。[1]

除职业法官外，许多国家还邀请其他社会人士参与对未成年人案件的审理。据我国刑事诉讼法，对未成年人的案件审理可由法官或法官与陪审员共同审理。我国《预防未成年人犯罪法》第45条规定，法院审判未成年人犯罪的刑事案件，“应当由熟悉未成年人身心特点的审判员或者审判员和人民陪审员依法组成少年法庭进行”。1991年4月，最高人民法院、国家教育委员会、共青团中央委员会、中华全国总工会、中华全国妇女联合会联合发出《关于审理少年刑事案件聘请特邀陪审员的联合通知》。通知指出，各级法院可从当地聘请教育机构的教育工作者，共青团、妇联、工会干部为特邀陪审员。通知同时对“特邀陪审员”的资格作了一定的说明与要求，即“了解少年生理、心理特点，热心从事教育、挽救失足少年的工作，作风正派，责任心强，有一定工作能力，具有基本法律知识的人员”。《河口区人民法院〈关于建立依法办理未成年人犯罪案件互相配套工作体系〉实施意见》第12条规定，“少年刑事审判庭审判人员，应当具备良好的政治和业务素质，热心少年司法工作并具有工作责任感和法律专业知识”；第13条规定，“对于符合人民法院组织法第三十八条第一款规定，关心少年司法工作，具有从事少年教育工作的经历和相关法律知识的人员，可以被聘为少年刑事审判庭的特邀陪审员”。但是如何界定“了解少年生理、心理特点”以及“熟悉未成年人身心特点”则语焉不详，当然这也是与目前法官与陪审员队伍业务素质不高有关系。

---

① 台湾地区《少年法院院长、庭长及法官遴选办法》第四条规定：“符合下列资格之一者，为具有前项少年保护之学识：一、著有与该专业学识相关之硕士以上之学位论文。二、五年内参加政府机关、公私立学术单位或经政府立案之非营利团体所举办，与该专业学识有关之讲习会、研讨会或其他类似会议，或至政府机关或其他声誉卓著公、私立团体或机构，就与该专业学识有关之事项为实地考察，合计时间达四十小时以上。三、五年内受邀担任政府机关、公私立学术单位或经政府立案之非营利团体所举办，与该专业学识有关之讲习会、研讨会或其他类似会议讲座或专题报告人，合计时间达三十小时以上。四、五年内选修大学院校或研究所与该专业学识有关之课程，已取得二学分以上或实际上课时数达四十小时以上。五、曾任职政府机关或公民营事业机构，办理与该专业学识相关之业务达二年以上。六、五年内于各大学、学院、学系、研究所出版之学术刊物，或发行全国之法律专业性杂志，或其他设有论文审查制之杂志，或各法院之年度研究报告，发表与该专业学识有关之三千字以上论文二篇以上或六千字以上论文一篇以上。”

（二）检察官

检察官的角色在未成年人犯罪与偏差中也不可或缺。“全美地区检察官协会”（National District Attorneys Association）前副主席詹姆斯·柏克斯（James Backstrom）曾指出，“少年司法乃系近日美国检察官经办的最为艰难和负责的领域”。[①] 未成年人检察官介评已在前章探讨，不再累述。

（三）缓刑官

缓刑官（probation officer）的角色对于少年司法体系同样不可或缺，既负责审前调查，亦负责审后监督。我国台湾地区对此细化，将前者称为调查官，后者为观护官；在香港地区则通称为感化主任。缓刑官的有关内容请参阅下章有关内容。

（四）辩护律师及其他参与人

各国少年司法制度均强调未成年人父母或监护人的参与；除非法庭另有指示，否则均须出席法庭诉讼程序中的所有阶段。美国大多数州在法院审理未成年人案件时，允许少年家庭成员或父母、少年希望出现之人及与少年有关的人在审判程序中出现，同时禁止某些会伤害少年的人出席。

辩护律师是少年法院庭审中不可或缺的重要人物。在美国少年法院存续中早期，辩护律师及控辩式诉讼很长时间未必被纳入少年审判之中。随着戈尔特案等，辩护律师在少年审判中的地位及作用日益突出，但其效果仍有待提高。据说，少年法院中11%的辩护律师花费5个小时准备案件；半数以上律师承认其对少年法没有特殊兴趣或经历。[②] 近些年来，少年法院在强调其正式化方面做了大量积极有效的工作，包括延请“公共辩护人”（public defender）出庭。以前充任该角色的大多是少年犯的缓刑监督官或者与未成年人案情有些许利害关系的社会工作者。然而这些缓刑官和社会

---

① Backstrom, James and Gary Walker. (2006). Celebrating 100 Years of Juvenile Courts in Minnesota: The Role of the Prosecutor in Juvenile Justice: Advocacy in the Courtroom and Leadership in the Community. 32 Wm. Mitchell L. Rev. 963.

② Lotz, Roy. (2005). Youth Crime in America: A Modern Synthesis. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 290.

工作者的性质却不免令人怀疑其中立性，毕竟其在执法与维护未成年人利益之间有交叉之处，尚存有冲突且较难调和的地方。①

少年法院早期，法院里的义工属于见习人员，大部分没有经过训练，在支持法官工作时履行了诸多服务职能。随着专业化服务变得越来越普通，义工所扮演的角色也日见萎缩了。义工在少年法院早期发展中起到了无以替代的作用，解决了当时人员严重不足的窘境。但随着少年法院制度的不断完善，大量受过专业训练的专业人士，特别是法官与缓刑官的加入，使少年法院解决了制约其发展的瓶颈问题。然而义工并没有自动消失，相反他们在其他领域开辟了新的战场，如在未成年人矫正，特别是在社区矫正以及监所辅导等专业法官与检察官往往鞭长莫及的地方大显身手。

三、专门少年法院

除原有少年法院外，为适应纷繁复杂的未成年人案件，各国还与时俱进先后成立若干专门少年法院，包括毒品法院(drug court)、枪支法院(gun court)以及同龄人法院(youth and teen court)等。这类少年法院的特点在于案负较少、听证频繁、处罚及时、家庭参与以及治疗处分明显等等。②

(一)少年毒品法院

在打击未成年人涉毒案件方面，各国政府都不遗余力。以美国为例，1999 年全美仅普通少年法院共受理 19 万余起未成年人涉毒案件，较十年前翻了一番。③ 面对日渐严重的未成年人吸毒及其所带来的卖淫、犯罪、艾滋病等社会危害，《利雅得准则》提请各国政府拨付足够资金及其他资源，

① Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.343.

② Sheppard, David, and Patricia Kelly. (2002). Juvenile Gun Courts: Promoting Accountability and Providing Treatment. Washington, DC: Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice.

③ Stahl, Anne. (2003). Drug Offense Cases in Juvenile Courts, 1990 - 1999. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.1.

以有效地提供服务、设施和配备人员,进行适当医疗、精神保健、营养、住房及其他有关服务,包括吸毒酗酒的预防和治疗。该准则第59条提请各国"应颁布立法,保护儿童和青少年免受吸毒和贩毒之害,并予以严格执行"。为应对少年毒品案件,美国出现"治疗性法理学"(therapeutic jurisprudence)理念,其中心思想便是法律乃主要的治疗媒介,正面的治疗结果也是司法所倍加期待的,法院的设计与运作对治疗结果至关重要。[①] 少年毒品法院正是为处理未成年人毒品问题的新型专门法院,目的在于帮助那些未成年瘾君子远离毒品与酒精等麻醉品的危害。在普通少年法院,传统方法处理如罚金、严格缓刑或强制监禁并不能从根本上解决戒毒问题。因而经过长期测试与反复斟酌,少年毒品法院逐步成为美国解决毒品滥用的长期方案。

按照管辖对象的不同,毒品法院通常包括成人毒品法院(adult drug court)、被抚养人毒品法院(dependency drug court)以及少年毒品法院(juvenile drug court)三类。[②] 顾名思义,成人毒品法院与少年毒品法院分别以成年瘾君子和吸食毒品的未成年人为审理对象。被抚养人毒品法院是针对那些涉嫌遭家长虐待或遗弃的未成年人,其家长的毒品滥用极可能是造成其子女或被监护人虐待或遗弃的原因所在。因而此类法院将重心放置于对父母行为的矫正与监督上,以期亲子关系恢复如初。

法院依据不同未成年人的具体情况,作为缓刑的替代,这些未成年人可以自愿接受药物滥用治疗。法官对具体治疗方案有一揽子计划,从判定该未成年人是否需要接受药物滥用治疗到确定治疗计划成功与否,注重改变其不合理的思维模式而代之以理性思维方式。作为必要补充,家庭支持也是关系计划成败的关键之一。除了进行药物测试外,未成年人还定期接受法院的中期审查。一旦法院认定该未成年人的治疗计划成功,那么法院就可以驳回指控。通过这些计划的实施,未成年人可提高学业成绩、养成"三

① 转引自 Bureau of Justice Assistance. (2003). Juvenile Drug Courts: Strategies in Practice. Washington, DC: Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice. p.5.

② Cromwell, Paul, Rolando del Carmen and Leanne Alarid. (2002). Community-based Corrections (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.308.

思而后行"①习惯,提升工作技能以及积极社区参与等方面。

少年毒品法院与普通少年法院的区别也相当明显,主要体现在监督水平(level of supervision)、累犯缩减(reductions in recidivism)以及注重长期康复(emphasis on long term recovery)三个方面。② 在监督水平方面,除非违反缓刑,否则传统少年法院一般不会干涉未成年人生活;在戒毒期间,未成年人会被要求定期接受药物治疗并定期出庭及接受随机尿液检查。在累犯缩减方面,据美国司法部数据,经传统少年法院处理过的携毒未成年人的近半数(45%)会在之后数年内再犯,不但如此,他们还更会从事其他犯罪与偏差活动。而在毒品法院,这一比例则显著下降至5%至28%。在长期康复方面,传统少年法院尽管也会提供部分毒品矫正方案,但只不过是诸多方案中的一部分而已,也不一定会有后续跟进计划。而毒品法院则完全围绕戒毒这一目的综合设计并监督其具体实施,以求实效。这种专门法院针对性强,效果比较突出。与传统少年法院相比,少年毒品专业化程度较高,可将医疗、司法以及社会资源集中在具有毒品滥用痕迹的未成年人群中。以得克萨斯州特润特郡少年毒品法院为例,2002年共计有205名未成年人参与有关项目,其中成功率高达83%;而在成功的人群中98%的未成年人并没有再触犯少年法。③ 自1995年以来,全美共建有140余所少年毒品法院,另有125所正在筹建之中。④

不过,毒品法院并非免费午餐。以犹他州为例,该州通过有关公式计算出不同未成年人须支付的具体费用,其中87%会被用于治疗,而其余13%则被用来补偿法院运作支出。按照这一比例,参加人每周最多只需支付40美元。法院及监督官员也会适时赠发一些小礼物,如餐券、电影券以及礼品

① 《论语·公冶长》。

② Utah State Courts. (2001). Utah Drug Courts. Retrieved April 10, 2004, from http://www.utcourts.gov/drugcourts/.

③ Tarrant County Juvenile Services. (2007). Immediate Juvenile Drug Court Program. Retrieved July 22, 2007, from http://www.tarrantcounty.com/ejuvenile/cwp/view.asp? A = 737&Q=427682.

④ Cooper, Caroline. (2001). Juvenile Drug Court Programs. Juvenile Accountability Incentive Block Grants Program Bulletin. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.1.

券等等,以褒奖与鼓励未成年人的戒毒效果。①

一般而言,组建毒品法院至少需法官、检察官、辩护律师与医护人员各一名,与来自校方、当地警局和缓刑处代表共同合作,以满足未成年人及其家庭所需。一旦未成年人进入少年司法系统,毒品法院即可启动干预程序,通常以一周为周期监督有关项目与治疗计划进展情况,并随时听取未成年人与其父母的心声。

少年毒品法院将那些自认吸毒或酗酒的未成年人纳入其管辖范围之列,未成年人这一认罪过程被称作"暂停答辩"(plea in abeyance)。具体来说,未成年人须完成下述三个步骤:首先,未成年人必须与其父母或监护人讨论通过毒品法院戒毒的可能性,以及后者是否将全力以赴给予支持;其次,在征得父母或监护人首肯后,未成年人尚需与其律师讨论此动议的可行性;最后,未成年人须与毒品法院取得联系,后者会向其详细介绍法院运作特点,并对未成年人作进一步评估。②

法院会预先设定明确的矫正规则及对未成年人的预期表现及目标。未成年人一旦完成治疗计划,有罪指控便可被撤销;若中途懈怠或心存侥幸,仍不免牢狱之灾。比如说,倘若未成年人未按规定定期出庭,达到一定次数后,该未成年人将面临重新由传统少年法院审理的命运。

就持续时间而言,则会因人而异。对于涉嫌重罪的未成年人,整个过程通常经历干涉(intervention)、早期康复(early recovery)、预防复吸(relapse prevention)及持续康复(ongoing recovery)四个阶段,每阶段通常需12周,共计48—52周方可完结。头两个阶段中,在法院严格监督下,未成年人获得治疗、教育以及矫正。从第三阶段起,未成年人被要求自身对其戒毒担负责任。这些过程具体包括解毒(participation in detoxification)、住院与门诊治疗(inpatient and outpatient treatments)、药物滥用团队(substance abuse groups)、毒品教育课程(drug education classes)、尿检(urine testing)、出庭

① Utah State Courts. (2001). Utah Drug Courts. Retrieved September 30, 2006, from http://www.utcourts.gov/drugcourts/.

② Baltimore County. (2005). Juvenile Drug Court Program. Retrieved September 28, 2006, from http://www.baltimorecountyonline.com/Agencies/circuit/family/juvdrugcourt/index.html.

(court attendance)以及若干小时的社区服务(completion of community service hours)。①

佛罗里达州"橙郡未成年人药物滥用处分法院"(Orange County Juvenile Substance Abuse Treatment Court)在设计与运作上代表了美国类似未成年人毒品法院的共性。对象是那些一而再、再而三接触毒品且未有暴力案底的未成年人。此类未成年人或自愿受审,或因法庭令而来此受审。其中大部分未成年人受到门诊治疗(outpatient treatment),而部分受到入院治疗(inpatient services)。视乎个人感悟与治疗效果,门诊治疗通常需要5个半月至二年疗程。病员不但需要定时参加各类辅导课程与活动,定期与案件管理员沟通,而且还需要应召出庭。②

(二)少年枪支法院

美国联邦宪法《权利法案》第二条规定,"纪律严明的民兵是保障自由州的安全所必需的,人民持有和携带武器的权利不可侵犯"。据美国司法部估计,美国人现在拥有2.35亿支枪,几乎人手一支。③ 枪支在美国社会中扮演着特殊角色:在提高公众安全感的同时,也不可避免地造成犯罪隐忧。1990年,美国"疾病控制与预防中心"(Centers for Disease Control and Prevention)所作的一项调查发现,在9—12年级④的中学生中有20%承认在调查前的一个月中曾携带利器,这其中又有20%的为枪支。⑤ 枪支泛滥导致枪杀案件频繁发生,枪支犯罪的被害人每年达3万多。⑥ 1983—1995

① Utah State Courts. (2001). Utah Drug Courts. Retrieved September 30, 2006, from http://www.utcourts.gov/drugcourts/.

② Applegate, Brandon k. and Shannoa A. Santana. (2000). Intervening with Youthful Substance Abusers: A Preliminary Analysis of Jarenile Drug Court. The Justice System Journal, 21(3), pp. 281—300.

③ 刘文宗:《美国人权状况及其对国际人权公约的抵制》, http://www.humanrights-china.org/china/rqzt2004/rqzz/lwz_02.htm, 2004年12月23日。

④ 美国9—12年级大体相当于我国的初三到高三阶段。

⑤ Centers for Disease Control and Prevention. (1991). Weapon Carrying among High School Students: United States, 1990. Morbidity and Mortality Weekly Report. 40(40). pp. 681-684.

⑥ 参阅国务院新闻办公室:《2002年美国的人权记录》,北京:国务院新闻办公室。2003年4月3日。

年,美国凶杀案件中少年使用枪支的比例上升了55%。[①] 校园枪击案屡屡发生,校园安全频频敲响警钟。传统少年法院在处理未成年人携枪案件上常被批评为束手无策。

1994年9月,全美第一所枪支法院于罗得岛州普若维等斯高等法院正式成立。创设之初,主要当事人为成年人,后逐步推广至未成年人。目的在于对那些虽被控携枪犯罪但尚未造成严重肢体伤害的未成年人提供早期干预和枪支安全教育。一旦未成年人携枪案件后果严重,则不属于枪支法院的管辖范围。大多数少年枪支法院放弃采用一般少年法院程序,而采取简易程序。少年枪支法院目的在于提供早期干预、提高对携枪未成年人的可责性、帮助未成年人认识到使用枪支行为的危害性。其基本组成元素包括:早期干预计划(early intervention);短期密集项目(short-term intensive program);宣讲携枪危险性及其危害的课程以及法官、警方、缓刑官、检察官、辩护律师以及社区成员在内的专门委员会。[②]

在未成年人被拘捕后,若确定其不法携枪行为且后果尚不严重,可被移交至枪支法院。早期干预计划讲求一个"早"字,即尽快对未成年人开展各种短期密集项目,以消除携枪对其所造成的各类负面影响,因而时机显得格外重要:何时采取干预计划取决于法院的进展。若法院程序拖沓冗长,此类干预则最好在"收案听证"(intake hearing)后迅速展开。若这一程序较快,那么大可在缓刑适用中作为辅助措施。配合默契、行事有效的枪支法院团队对于项目成功与否至关重要。法官在整个计划中居于领导核心地位,不但是司法者,更是教育者,负责统筹规划且亲自参与早期干预的实施。作为专业人员的警察、缓刑官、检察官与辩护律师的参与可以提高枪支法院的整合性,减小未成年人对法院的不信任感。而社区成员,包括被害人及其近亲属、前携枪未成年人和有关社工都可志愿参与进来,结合社区现状,提供具体矫正方案。他们的参与可以在很大程度上确保未成年人不与其所居住的

① 转引自 Greenbaum, Stuart. (1997). Kids and Guns: from Playgrounds to Battlegrounds. Journal of the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. III(2), p.3.

② The Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention's Model Programs Guide. (2007). Gun Court. Retrieved September 18, 2007, from http://www.dsgonline.com/mpg2.5/gun_court.htm.

社区割裂，有利于其重返社区，不显落魄、孤独。

（三）同龄人法院

传统意义上的少年法院，是成人世界设立的、以成人视野来处理未成年人案件的特殊法院，收案范围多为身份过错。作为未成年人分流处分的重要组成部分，同龄人法院主要工作人员均系未成年人，以未成年人角度和思考来检视未成年人行为。英文中，所谓同龄人法院是“十龄人法院”（teen courts）、“学生法院”（student courts）与“同侪法院”（peer courts）等法院的统称，系指适用于年龄介于十至十五岁之间涉嫌轻微违法初犯的专门少年法院。1983 年，美国得克萨斯州奥德赛市开办了第一所同龄人法院。经过 20 多年的发展，全美 49 个州和哥伦比亚特区已设有 1,139 所此类法院。① 每年约 11 万至 12.5 万未成年人进入同龄人法院受审，几占同期未成年人受审案件量的 9%。②

针对未成年人渴望同龄人认可，并对来自同龄人观点与意见反应敏锐的特点，同龄人法院比传统少年法院应对问题少年处分上更加有效。与其他少年法院不同的是，这些少年法院的工作人员与当事人年龄相仿，亦为未成年人。将审判未成年人违法偏差行为的裁决与惩处权力交由相似年龄的未成年人来执行，体现了少年法院改革的少年参与导向。联合国在有关报告中指出，“同侪对同侪，作为一种共享信息和知识的方法已证明非常有效；年轻人较能听从与他们相似的人”。③ 较多实证表明，未成年人从其同龄人那里得知自己行为不当时，远较从成人处更容易中止不良行为。同龄人法院有双重目的：不但对问题少年进行审理和教育，而且还可增强作为法院组成人员的未成年人多种技能培训。总的来说，同龄人法院具有下述四

① The Federal Youth Court Program. (2007). Youth Court List by State. Lexington, KY: National Youth Court Center.

② Pearson, Sarah and Sonia Jurich. (2005). Youth Court: A Community Solution for Embracing At-Risk Youth—A National Update. Washington, DC: American Youth Policy Forum. p. 5.

③ 本·诺里斯：《采用同侪对同侪战略预防滥用药物》，纽约：联合国毒品和犯罪问题办事处 2001 年，第 10 页。

个主要优点:可责性(accountability)、适时性(timeliness)、成本节省性(cost savings)以及社区凝聚性(community cohesion)。①

同龄人法院有两种审理模式,分别是同类陪审团模式(peer jury model)与审理模式(trial model)。判决内容一般都包括社区服务、担任陪审员、致歉函、强制上学以及限制与被害人接触或与其他共犯接触。同类陪审团模式下法官与控辩双方律师均不得为未成年人,但陪审团可由未成年义工和刑期已执行完毕的未成年人共同组成。在审理模式下,同龄人法院以未成年义工扮演控辩双方律师。审理结果并不是为了判定被告人有罪与否;相反,而是通过双方激烈交锋来争论案件事实以及可供量刑时加重或减轻的情节。法庭工作人员一般包括控方律师、辩护律师和陪审团,此外还包括未成年人书记员与法警。具体又有三类变种,即成人法官模式、未成年人法官模式以及无同类陪审团模式。

1. 成人法官模式

成人法官式模式最为常见。法庭工作人员包括由未成年人充任的控辩双方律师和陪审团,但由成人担任法官一职。成人法官负责维护法庭秩序和明晰有关法律术语。此类模式在美国数量最多,约占同龄人法院的半数。

2. 未成年人法官模式

与成人法官模式有所不同的是,未成年人法官模式中法官仍由未成年人充任。其任职资格通常需要达到一定年龄要求,且曾在同龄人法院中担任过律师角色。按照法官数量的多少,这种模式又可细分为三位未成年人法官式(tribunal mode)与未成年独任法官式(youth judge model)。顾名思义,前者系指未成年人检察官需向由三位未成年人组成的法官提交未成年人案件,由后者决定如何安置。

3. 无同类陪审团式

在无同类陪审团下,虽然法官、控辩律师均为未成年人,但并无陪审团。

在诸多的同龄人法院中,内布拉斯加州奥马哈市"中部美利坚理事会同

① Butts, Jeffrey and Janeen Buck. (2000). Teen Courts: A Focus on Research. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. pp. 2-3.

龄人法院”(Mid-America Council Teen Court)别具一格,尽管名字繁冗,但与未成年人分流密切相关。作为该州四所同龄人法院之一,进出该法院的不外乎涉嫌逃学、离家出走、持枪、吸毒、盗窃以及其他非暴力犯罪的十三至十八岁问题少年,而这些少年通常都被视为“中度危险犯”(moderate risk)。“道格拉斯郡未成年人评估中心”(Douglas County Juvenile Assessment Center)将上述未成年人转介(referral)至当地同龄人法院,以期有效吓阻其再行犯罪与偏差。如同全美其他类似法院,该少年法院的成功之处亦在于由同龄人来审理未成年人案件。尽管该院由成年人设定运作章程并进行法庭日常维护,但仍由未成年人充任辩护律师、法警与法官。法院每月开庭两次,每次审理4个案件。在这个法院,问题少年通常被判处60至90天不等刑期,以及10至40小时的社区服务。一旦问题少年顺利完成既定任务,检察官遂撤销对其指控,警察局也不会立档存底。此外,具体量刑选择还包括:向被害人、父母或商店经理提交道歉函,撰写命题作文,参观拘留所,遵守宵禁规定,准时上学,提高学业成绩与寻找兼职工作等等。法官们将根据案情与问题少年背景综合考虑何种处分对于预防该问题少年再度涉案最为有效。该院由六位未成年人法官坐堂审案,所有被告人都必须至少担任法官一次。问题少年父母作用与法官同等重要,父母至少一方必须出庭。若父母对造成未成年人犯罪或偏差有负面影响,则判决通常会要求父母必须积极参与到未成年人矫正中来。①

第三节　少年法院运行论

少年法院是少年司法的象征和焦点。②

——[美]玛格丽特·K. 罗森海姆(Margart K. Rosenheim)

---

① Boy Scouts of America. (2006). Juvenile Diversion Programs: Successful Local Council Impentation Through Scoutreach. Irving, Tx: Boy Scouts of America, p. 4.

② 玛格丽特·K. 罗森海姆:《现代美国少年法院》,载[美]玛格丽特·K. 罗森海姆、富兰克林·E. 齐姆林、戴维·S. 坦嫩豪斯、伯纳德·多恩主编,高维俭译《少年司法的一个世纪》,北京:商务印书馆2008年版,第341页。

一、少年法院的运行机制

(一)少年法院的运作模式

由于审理多被视为具准民事或准行政性质,少年法院不必遵守适用于刑事(成人)诉讼的宪法性限制。同时,与刑事(成人)法院反复强调刑罚对犯罪人的作用有很大不同,少年法院从未将刑罚作为其主要目的。相反,在"国家亲权"理念指导下的少年司法目的在于向那些误入歧途的未成年人提供司法救助。这种模式与其说是福利模式,不如说是一种医疗模式,或者至少是医疗模式与福利模式的混合品。严格区分医疗模式抑或是福利模式可能对于成年犯有现实意义,毕竟这是采取刑罚或者更生重建以及保安处分的界限之一;但对于少年司法制度而言则意义甚微,二者都是以善意态度来挽救未成年人,"以身试祸;岂不痛哉! 若迷而知返;尚可以免"。[①] 当然二者在具体理念、概念以及运作细节上有细微差别。以下分述之。

1. 医疗模式

所谓医疗模式,是借助医学上的医疗术语来表明少年司法对未成年人的处理理念。在这一医学模式下,医护人员以绝对爱心对患者进行个别化诊治,对症下药,并辅以康复器械、运动等恢复其健康肌体。在少年司法体系中,未成年人同样被视为不幸深受疾病之苦的病患,这疾病便是各种犯罪与偏差行为,从逃学旷课到恶性犯罪。法官如同医生,缓刑官、社会工作者、学校老师等人则各司其职,分工协作。特别是某些专门法院,如毒品法院的设立更为医疗模式推广注入了强心剂。

2. 福利模式

据美国少年司法理论,一般都视少年法院的权力来自于民法。就像政府有对精神病人进行强制住院治疗的权力一样,少年法院的类似民事管辖权使其能监管那些被控犯有一系列的刑事行为和非刑事行为,从流浪到偷窃和实行暴力行为的问题少年。此模式体现了司法权力介入的宗旨是为了解决问题而非惩罚犯罪。1909 年芝加哥少年法院麦克法官解释说,"法院

---

① (西晋)陈寿:《三国志·魏书·袁术传》。

的目的不是为了询问这个问题少年是否犯了某个罪行，而是为了揭示：他有没有做错什么？他是如何变成现在这种情形的？从他和国家的利益出发，为了把他从深渊拉上来最好应该做些什么？”①

3. 刑事审理模式

除上述两种通常模式外，一些国家与地区尚存有未成年人刑事审理模式。在该模式之下，问题少年享有有限的专属权利，但其余诉讼权利与成年人无异。法庭诉讼、辩论等程序均参照刑事（成人）法院运作。

我国目前即采用这种模式，不过对审判人员的专业素质、审判经验以及背景报告等有一定要求。在审判程序上，对于问题少年适用普通程序还是简易程序尚无定论，法条与司法解释也语焉不详。不过在司法实践中，多采用简易程序以适应大多数未成年人案件情节轻微这一客观事实。为应对《北京规则》等国际公约的要求，近年来各地在处理未成年人刑事案件上逐步向国际惯例靠拢。少年法庭在审前、审判中以及审后等程序均加大了对未成年人思想教育的力度。

（二）未成年人审判规则

因价值理念、收案范围、诉讼程序等的不同，少年法院在审理未成年人案件时通常需要遵循一些与刑事审理不同的规则。《北京规则》第 17.1 条提出未成年人审判的四项基本原则，包括：采取的反应不仅应当与犯罪的情况和严重性相称，而且应当与少年情况和需要以及社会的需要相称；只有经过认真考虑之后才能对少年的人身自由加以限制并应尽可能把限制保持在最低限度；除非判决少年犯有涉及对他人行使暴力的严重行为，或屡犯其他严重罪行，并且不能对其采取其他合适的对策，否则不得剥夺其人身自由；在考虑少年的案件时，应把其福祉看做主导因素。此外少年犯任何罪行不得判以死刑，亦不得对少年施行体罚。

《北京规则》提出“主管当局有权随时撤销诉讼”。这亦是少年司法与刑事司法显著不同的地方。在意大利少年审判过程中，若与诉讼程序可能给教育未成年犯罪嫌疑人所产生的负面影响相比，案件不太严重的话，检察

① Mack, Julian. (1909). The Juvenile Court. Harvard Law Review. 23, p. 120.

官可要求在初步庭审及庭审阶段撤销案件。①

除了第二章中提到的少年司法基本原则外，审理不公开原则、及时审理原则、陪审团（员）审理原则等也是未成人审判的基本原则，以下简单分述之。

1. 审理不公开原则

通常情况下，对案件公开审理是案件得到及时、公正审理的重要保证。但某些特定情形之下，鉴于当事人特殊的生理、心理特征，据案件需要而允许法官自由裁量公开审理与否。《公民权利和政治权利国际公约》第14条规定，“由于民主社会中的道德的、公共秩序的或国家安全的理由，或当诉讼当事人的私生活的利益有此需要时，或在特殊情况下法庭认为公开审判会损害司法利益因而严格需要的限度下，可不使记者和公众出席全部或部分审判”。审理不公开原则系国际上大多数国家审理未成年人犯罪案件所共同遵循的原则。这一原则包括对公众不公开、对新闻媒体不公开、宣判不公开以及犯罪档案保密。② 在美国，少年法院一直致力于把用于未成年违法者的程序与普通刑事诉讼程序分离开来，以避免给这些少年贴上犯罪人的标签，达到教育保护少年偏差人的目的。

我国《刑事诉讼法》第152条第2款规定，“十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理”。《未成年人保护法》第42条第1款也有类似规定。这里所说的“一般不公开审理”，是指基本上不公开审理，在特殊的情况下，才能对已满十六周岁未满十八周岁的未成年人犯罪的案件进行公开审理。据《关于办理少年刑事案件的若干规定（试行）》，“必须公开审理的，必须经过人民法院院长批准或者刑事审判庭庭长批准，并且要在一定范围内公开审理，对参加旁听的公民应当有一定的限制”。

2. 及时审理原则

鉴于未成年人特殊的生理与心理特征，国际公约及惯例均要求对未成

① ［荷］皮特·J. P. 泰克编著，吕清、马鹏飞译：《欧盟成员国检察机关的任务和权力》，中国检察出版社2007年版，第173页。

② 参阅温小洁：《我国未成年人刑事案件诉讼程序研究》，北京：中国人民公安大学出版社2003年版，第110—115页。

年人及时审理，以尽可能减少少年司法或刑事司法对其的负面影响。美国联邦宪法第六修正案的及时审判的条款已经被认定适用于少年。各州比较通行的做法是，在拘捕或立案起诉的15天内对未成年人进行审理；特殊情形下，可延长在30天内对其审理。

3. 陪审团(员)审理原则

一般而言，与成人法院的庭审程序不同的是，裁判听证中并不要求陪审团参与，尽管美国某些州已有此先例。时至今日，陪审团审理仍尚未被联邦最高法院认定为未成年人于少年司法中的核心权利；与此鲜明对比的是，成人却毫无悬念地享有此项权利的庇护。

尽管美国联邦尚未赋予少年以陪审团审理的权利，但这并不妨碍各州酌情添加。据全美少年司法中心(National Center for Juvenile Justice)调查，就是否给予陪审团审理以及使用条件宽严程度而言，各州大致有这样五种做法：任何情形之下均不向问题少年提供陪审团审理、任何情形之下均向问题少年提供陪审团审理、除非特殊情形否则不向问题少年提供陪审团审理、一定情形下向问题少年提供陪审团审理以及以州法律形式允许问题少年放弃陪审团审理权。[①] 以得克萨斯州为例，该州属于第三类情形，其拘留听证、移送成人法院听证(hearing to consider transfer of child for criminal proceedings)以及考虑放弃管辖权听证(hearing to consider waiver of jurisdiction)、无定期刑之虞的安置听证、无定期刑之虞的安置改判听证都无需陪审团。

我国并未规定陪审团审理制度[②]，但有陪审员制度。尽管陪审员参审制并不是刑事诉讼的必需制度，本书作者建议对未成年人案件应普及陪审员参审制。2004年8月28日通过的全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》第四条规定，公民担任人民陪审员，应当具备拥护宪法、年满23周岁、品行良好、公道正派以及身体健康等基本条件。此外还要求担

① Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 212-214.

② 在2009年试点基础上，河南省高级人民法院于2010年在该省法院系统推广“人民陪审团”制度，即邀请人民群众代表组成“人民陪审团”，参与刑事审判，对案件裁判发表意见，供合议庭参考，这一做法在学界引起较大争议。

任人民陪审员的人,一般应当具有大学专科以上文化程度。不同于成人案件,未成年人案件在审理中除了考虑法律因素外,还要参酌相关社会因素。这样,非法律背景的人民陪审员在审理未成年人案件时,往往可以提供一些客观性分析,有利于案件处理。

二、少年法院法庭程序

(一)一般程序

在美国,未成年人案件程序通常为无陪审团的封闭式法官审(closed bench trial)。少年法院法庭程序包括裁判听证、安置听证以及弃权听证,以前两者为主。历史上,曾将裁判听证与安置听证合二为一并称为法庭听证,但现在通常都是将两者分开进行。因收案程序通常为少年法院所能左右,故本书作者亦将其纳入少年法院程序之中,尽管其本质上属于审前程序。

(二)收案程序

不同于刑事(成人)法院中由检察官发动诉讼程序,少年法院一般由法官自行决定受理案件与否。① 一般情况下,少年法院受理未成年人案件的途径不外乎直接控告及举报、警检或其他有关有权机构移送以及其他法院的移送几种形式。例如在我国台湾地区,对未成年人案件的审理启动便是发现者报告、相关机关移送与监督人请求。在警方移送未成年人案件或其他人报案后,收案听证随机展开。

尽管收案为少年司法程序中必不可少的重要组成部分,其含义及适用因各国司法实践不同而有所不同。所谓收案(intake),日本又称受案分类,系指由法庭工作人员或者缓刑官对移交到少年法院的案件所进行的筛选程序(screening procedure)。收案被认为是整个少年司法程序中最为重要的环节。② 为慎重起见,有些地方还专门进行由警方、未成年人父母、邻居及

---

① Bilchik, Shay. (1999). Juvenile Justice: A Century of Change. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.2.

② Cromwell, Paul, Rolando del Carmen and Leanne Alarid. (2002). Community-based Corrections (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.312.

被害人共同参加的收案听证。法庭工作人员或缓刑官都是由法院任命,负责收悉针对未成年人的诉讼请求,同时对案件作出早期评估和建议。但即便收到立案申请,少年法院也并非随便就予以立案处理的,案件审查与决定必须遵守既定标准,并考虑案件轻重缓急。

在美国,少年法院的收案职能通常由未成年人缓刑处履行;而在某些州,检察官也会参与其中。这一过程将决定是否受理以及是否以非正式方式处理案件。为此,收案官或检察官事先通览案情,视乎证据充足与否分门别类。若证据不足,则案件不予受理;若证据充足,收案官仍需进一步判断提交法院审理是否适当。此外,许多州均设有不同形式的少年收案中心。1995 年,堪萨斯州最高法院的一纸行政命令使得“少年收案与评估中心”(Juvenile Intake and Assessment Centers,简称 JIAC)的成立成为可能。这些中心遍及堪萨斯州,每周 7 天、每天 24 小时全天候开放,通常情况下只接受来自警方与地区检察官的转介。以该州“塞吉维克郡少年收案与评估中心”(Sedgwick County Juvenile Intake and Assessment Center)为例,当问题少年被转介到中心后,首先需要填写一份问卷调查。这份问卷内容覆盖面较广,涉及家庭、学业表现、同侪关系、药物滥用以及精神和身体健康等。依问卷结果,在与问题少年父母和当地警局咨询后,收案与评估中心即可对其进行评估。在此基础上,中心将提出进一步的建议。① 在其他州,收案会以收案面谈(intake interview)等形式出现。面谈之中,未成年人会被告知具体指控罪名与其宪法性权利。未成年人及其父母或监护人也并非一定要参加此会,他们可选择出庭。无论是非正式的收案会,还是正式庭审,若未成年人积极认罪,案件便可迎刃而解。收案还可能包括拘留筛选(detention screening)、刑前调查(presentence investigation)与危机干预(crisis intervention)等程序。

影响少年收案的因素固然很多,但地方司法政策的变化与资源配备的优化是最为重要的因素。在社区警务运作良好的州,若警方目睹少年正触

① Sedgwick County Juvenile Intake and Assessment Center. (2007). Juvenile Intake and Assessment Center (JIAC). Retrieved March 17, 2007, from http://www.sedgwickcounty.org/corrections/_private/old_site/jiac.htm.

犯轻微罪行，会辅导涉案少年，将其带回并交父母严加管教而非正式逮捕。而在那些少年暴力犯罪盛行的区域，有限的司法资源有可能造成少年法院对轻微未成年人案件置之不理。

透过收案程序，少年法院将对下列议题进行评估：该院对本案是否有司法管辖权、不利未成年人的证据是否确实充分、案情是否严重到需少年法院介入、未成年人及其父母或监护人是否已赔偿被害人损失以及本案是否应移送至刑事（成人）法院等几个方面。① 因人而异，收案通常可能会出现下述法律后果：一是对案件不予受理；二是责令未成年人父母对其严加管教，倘若管教不力，则该未成年人可能将交付有关未成年人机构进一步处理；三是将未成年人交付"纠纷替代解决"（alternative dispute resolution，简称 ADR）；四是如果查明未成年人涉嫌严重犯罪，可考虑将其交检察官处理。

并非所有移送至少年法院的案件都会由法官作出正式判决，相反地，近半数案件通过收案程序以非正式措施（informal adjustment）解决。多数案件被撤销，未成年人通常予以口头训诫、责令赔礼道歉、赔付损失以及分流处理等等。其实这亦符合犯罪漏斗原理，即涉嫌犯罪的行为在刑事司法或少年司法程序进程中因为各种各样的原因而逐步被筛选，数量呈递减趋势，最后真正走完全部程序的案件不过是最初案件之冰山一角。

一旦少年法院正式受理案件，收案官可呈交两种不同的呈请状：未成年人犯罪或偏差起诉书或提请将问题少年移交刑事（成人）法院审理。前者呈请状，是指由有关利益方提交的指控未成年人犯有违法之事、身份过错或亟须成人管教的法律文书。其目的在于请求少年法院判明所控事实，并确定对该未成年人的具体安置措施。而后者则提请少年法院举行移交听证。一般说来，这两类司法文书都应涵盖涉案少年姓名、联系方式与所控罪行的证据资料，被害人姓名及其联系方式以及涉案少年父母或监护人姓名和联系方式。如南卡罗莱纳州，"呈请状"需包括这样三项内容：指控未成年人犯罪与偏差的证据资料、未成年人的姓名年龄与地址以及未成年人父母或

① Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. pp. 360 - 362.

监护人的姓名与地址。①

【案例四十三】

在“韦恩案”(In re Wayne H.)中,十六岁的韦恩因涉嫌抢劫加油站而被警方注意。在追捕过程中,韦恩将手枪扔出车外。被逮捕时,其着装打扮与目击证人描述所差无几,警方从其车中发现现金总数以及币值分布也与失窃财物相符。随即韦恩被带至少年拘留所,会见缓刑官以决定是否拘留或移送刑事(成人)法院。在聆听“米兰达规则”后,韦恩否认涉嫌加油站抢劫。而随后的收案听证中,在听到缓刑官拟建议少年法院法官对其予以拘留并移送成人法院后,韦恩承认了上述犯罪事实。不过在移送听证中,韦恩又推翻供述。尽管如此,法院仍裁定韦恩偏差行为成立。韦恩不服,遂提起上诉。本案的焦点在于,缓刑官在收案听证获取的有罪供述能否在其后的裁判调整或刑事审理中援用?加利福尼亚州最高法院最后判定,在问题少年与缓刑官间的收案会见目的不在于收集有罪证据,而是尽可能收集与案件安置有关的信息以协助法官评估拘留以及移送与否。②

因而,将问题少年向缓刑官提交的有罪供述视为证据并不妥当。以罗得岛州为例,当警方将涉案的七至十七岁未成年人移交至家事法院后,附有案情说明的起诉书亦即刻呈交至家事法院“少年书记员办公室”处。收案主任会同其他收案官对每份移交仔细思量以确定家事法院是否确有必要对问题少年行使管辖权。仅有那些被视为犯有严重过失或者屡教不改的问题少年才可能被移交至家事法院,而这些将由法官通过“提审听证少年日历”(juvenile calendar for arraignment hearing)进行评估。一旦发现问题少年并不属此类范畴,问题少年与其父母或监护人将被书面通知何时、何地其将被

① S. C. Code Ann. § 20-7-7415.

② In re Wayne H., 596 p.2d I (Cal. 1979).

通知出席“收案会议”(intake conference)。[①]

(三)法庭听证程序

尽管诉讼程序远较刑事诉讼为简,伴随联邦最高法院有关判例以及各州严打刑事政策的出台,美国少年司法近年来吸收了较多刑事司法程序保护的内容,其中尤以听证为甚。尽管未成年人权利保障在过去数十年里突飞猛进,但总的来说,未成年人仍不能享有与成人完全相同的诉讼权利。

1. 裁判听证

问题少年到庭接受聆讯,首要程序便是裁决听证,大体相当于刑事(成人)法院中的审理过程,以判断未成年人是否犯有过失、身份过错以及遭遇遗弃或虐待。裁判听证(adjudicatory hearing)也被称为“事实发现听证”,系指初审法院评判对未成年人的指控是否有充足的证据支持的法庭程序。接到通知或传票,未成年人及其父母或监护人应准时到庭。如无正当理由不到者,少年法院可强制未成年人到庭。卡门等将美国少年裁判听证程序又细分为提审(arraignment)、答辩(plea)、挑选陪审员(selection of jurors)、控方出示证据(presentation of the case for the prosecution)、辩方出示证据(presentation of the case for the defense)、结案陈词(closing argument)、法官对陪审团的指示(judge's instructions to the jury)、陪审团评议(jury deliberation)以及判决(verdict)。[②] 这些程序会因各州司法环境不同而有所差异,且具体程序究竟划分在裁判听证还是安置听证都会有些微不同。

应诉人(respondent)可就指控内容作出肯定或否定应对。由于缺乏类似于成人法院犯罪嫌疑人的保护措施,该应诉程序常常显得较流于形式。但随着正当程序理念在少年司法体系中的逐步推广,即便是未成年人矢口否认对其不利指控时,法官也不得滥用职权,恣意裁判。以美国为例,法官必须依据未成年人涉案的具体情况作出不同判别:对于未成年人犯罪,证明标准基本等同于刑事(成人)法院对成人的定罪标准,即所谓“超越合理怀

---

① 参阅美国罗得岛州家事法院网站有关简介,http://www.courts.state.ri.us/family/intake.htm。

② Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 247 – 251.

疑”原则;至于身份过错,则适用“优势证据”原则,而这通常适用于民事程序。一旦法官认为该项指控成立,则进行第二次听证,即安置听证。法庭工作人员将与问题少年及其家长会面以确定在第二次听证时向法官提供被称为“社会研究报告”(social study)的书面报告。这份为《北京规则》及各国所极力倡导的报告通常被称为“刑前报告”、“安置前报告”(predisposition report)①或“社会调查报告”等等。

在正式宣判前对未成年人背景进行细致分析已成为各国少年司法的惯例。据《北京规则》第16.1条约定,“所有案件除涉及轻微违法行为的案件外,在主管当局作出判决前的最后处理之前,应对少年生活的背景和环境或犯罪的条件进行适当的调查,以便主管当局对案件作出明智的判决”。该报告主要由缓刑官准备,用以说明影响未成年人不法行为的社会文化与精神状态,为法官正确安置涉案少年提供较为客观、全面的背景分析与安置建议。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第8条建议,“只有经过多方面的预先调查,并经当事人的质证,才能作出司法决定”。在美国,该报告内容洋洋洒洒,通常包括该未成年人犯罪与偏差事实及原因,以及家庭背景、社会环境和未成年人身心状况、教育程度及其他必要事项。这份报告对于法官作出相应判决十分重要,因而调查官竭尽所能,对该未成年人生活环境、家庭状况、学业成绩、社会交往等资料逐一收集,以期作出较全面的评判,并附上具体处分建议,供法官参考。一般情况下,安置前报告大都包括下述具体内容,即法庭纪律复审、学校记录复审、警方记录复审、访谈应诉人、访谈教师与校方、访谈与本案有关联的人员、访谈原告(complainant)、访谈警员与证人、进行心理与精神测试以及据此所提交的具体处分建议。②在收集相关资料、访谈及作出相应建议时,缓刑官的观点务必要有事实证据佐证,且不得带有个人主观判断。日本新《少年法》同样要求家庭裁判所实行所谓的“调查先行主义”,即对受理的未成年人案件在审理之前必须进行调查。该法第9条要求,这种调查必须“依据医学、心理学、教育学及其他

---

① 依澳门地区《违法青少年教育监管制度》第14条第2款规定,作为终局裁判的依据的社会报告,称为“判前社会报告”或”刑前报告“等等。

② Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.36.

专业知识，特别应重视少年鉴别所的鉴定结果，针对少年、监护人或有关人员的品行、经历、素质与环境等进行”。

我国《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》要求，“公安机关、人民检察院、人民法院、司法行政机关在办理未成年人刑事案件和执行刑罚时，应当综合考虑案件事实和社会调查报告的内容”。澳门地区《违法青少年教育监管制度》第14条第1款规定，“社会报告由社会重返部门或少年感化院撰写，用作辅助司法机关了解青少年的人格、行为，以及了解其社会、家庭的背景及经济、教育的状况”。

就听证期限而言，以美国宾夕法尼亚州少年法为例，若问题少年被拘留或者处于保护所照管之下，法院最迟应在控诉之日起10日内举行听证，除非为保全证据等特定情况下以法庭令的形式延长10日。若在此期限内非因未成年人律师所造成的延误而不能进行裁判听证，则必须释放未成年人，除非这种延误迫不得已。①

需要说明的是，裁判听证系以美国通常司法惯例为例。尽管各国与地区在少年法院具体运作程序上千差万别，但基本上仍遵循上述原则。据日本新《少年法》第18、19条有关规定，在相当于美国裁判听证的调查阶段，家庭裁判所可作出这样几种决定：一是审判开始与否、移送儿童咨询所与否以及移送检察官与否。此外，第17条规定，若认为确有必要，家庭裁判所还可作出缓刑②决定，将少年移送少年鉴别所。一旦法官认为有必要审理少年案件，则将依职权主义由法官直接审理。③

就我国而言，虽然个别地方开始社会调查员以及背景报告的摸索与试点，但总的来说，受限于现有刑事诉讼框架，对未成年人特殊保护仍显不足。尽管我国由缓刑官提交未成年人报告这一制度仍在探索、完善中，但在立法与司法实践中均无一例外强调对未成年人量刑时需综合考虑其成长经历。《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意

① Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission. (2006). Pennsylvania Juvenile Delinquency Benchbook. Harrisburg, PA: Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission. p. 86.

② 日本将“缓刑”称之为“观护”，我国台湾地区从此例。

③ [日] 濑川晃：《少年犯罪的现状与对策》，载[日]西原春夫主编，金光旭、冯军、张凌等译：《日本刑事法的重要问题》(第二卷)，法律出版社与成文堂2000年版，第192—193页。

见》规定,"社会调查由未成年犯罪嫌疑人、被告人户籍所在地或居住地的司法行政机关社区矫正工作部门负责"、"社会调查机关应当对未成年犯罪嫌疑人的性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历、是否具备有效监护条件或者社会帮教措施,以及涉嫌犯罪前后表现等情况进行调查,并作出书面报告"。

2. 安置听证

安置听证大体相当于刑事审理中的量刑阶段,是整个少年法院程序中最为重要的环节之一。安置听证(disposition hearing),系指法院决定何种安置方式对未成年人矫正与发展最为有效的法庭程序。在美国,除非法院认为未成年人案件需要进一步研究,安置听证一般于裁判听证确认少年偏差成立后20天内举行。正是安置听证,使得"国家亲权"原则在少年司法中的作用与指导意义得以最淋漓畅快地体现。因为数量众多的未成年人在此之前大多以分流处分方式避开正式少年司法程序,真正受到安置处分的未成年人并不多。例如,1997年全美共有近180万未成年人被移送至少年法院,其中57%的案件被法院正式立案;但被判处安置的未成年人仅占起诉案件的58%。[①] 其余的案件或是不予安置,或是移送刑事(成人)法院,前者居多。

安置听证同样需要遵循一定的法庭程序与规则。以美国密西西比州为例,安置听证伊始,法官即应通告各方举行听证之目的所在。除非所有诉讼参与人同意,否则证词必须经宣誓方为有效。法院仅考虑有根有据且与案情密切相关的证词,包括传闻证据(hearsay)与意见证据(opinion evidence)。在各自展示证据后,法院得允许其口头质证。[②] 进行安置听证时,法官需翻阅社会调查报告及缓刑官安置建议书等文书资料,之后法官将依据不同问题少年个体差别作出适当安置处分决定。但这一报告也并不是必需的,尽管专任调查官因兼修多门学科而对问题少年调查更具有专业优势,有时候法官也会越俎代庖,自行调查。当然法官并不总是怀疑调查官报告的真实

① Puzzanchera, Charles. (2000). Juvenile Court Statistics, 1997. Washington, DC: U.S. Department of Justice、Office of Juvenile Delinquency and Prevention. p.9.

② Missipi Code of 1972.

性与实用性。但是有时法官仍会事必躬亲,这往往是出于经济考虑,这点在人口稀少且预算有限的地区比较常见。

在决断时,法院通常都会考虑如下因素,诸如该问题少年的既往违法史,对判处家庭照管、学校调整以及其他特殊举措所能利用的社会资源。首先法官须判定问题少年系初犯还是累犯。通常情形下,法官对初犯较为怜悯,处罚力度较轻;对于那些经常出入少年法院、屡教不改的问题少年,法官不会手下留情,处罚力度较重。其次,法官还会通盘考虑案件的具体情况,特别是有关减轻情节与加重情节等因素,努力做到客观、公正与高效。以我国台湾地区《少年事件处理法》为例,第 19 条规定,"少年法院应先由少年调查官,调查该少年与事件有关的种种行为、少年的品格、经历、身心状况、家庭情形、社会环境、教育程度及其他必要事项,提出报告,并附具建议"。

然而即便是那些犯有恶劣罪行的问题少年,法官也时常网开一面,这并非因为法官徇私枉法,而是基于少年司法矫正目的所决定的。法官所享有的司法自由裁量权相当大,在很大程度上可自行安置。尽管是犯罪情节大体相当的问题少年,法官所作出的安置决定却可能南辕北辙、相差甚远。实际上,法官裁判的基础并不仅仅在于案情,更多考虑的是问题少年健康成长之所需。安置往往基于更生重建,而非司法与正义。依据个人不同需要,问题少年所获得安置决策的不同也就见怪不怪了。在这一阶段,传闻证据与邻里评价都可被引作判断对未成年人具体处理措施的依据。法官可判令未成年人交由其父母或监护人甚至缓刑官予以监督。若法官认为缓刑对未成年人矫正更为有效时,未成年人即可交付缓刑处处理。当然法院也可直接对未成年人进行监督。

在安置程序之中,一些国家与地区往往还会依据未成年人的身心特点,对其开展针对性的法庭教育。如《上海市人民检察院关于未成年人刑事案件审查起(免)诉工作细则(试行)》第 16 条规定,"在法庭辩论之后,或合议庭公开宣判时,公诉人可在审判长的主持下,根据案件的审理情况,对未成年被告人进行教育。内容包括:通过剖析其犯罪行为给社会造成的危害,阐明应予处罚的必要性;通过分析其犯罪的主、客观原因,用未成年犯感受最深的事例,启发其良知,阐明应当吸取的教训;通过具体讲解法律、政策的有关规定,帮助其树立接受改造、悔过自新、重做新人的决心"。

以上系少年法院传统安置程序，但近年来因各国刑事司法与少年司法逐渐趋向保守，少年法院程序也不免陷入所谓“司法模式”（justice model）与“社会服务模式”（social service model）的路线之争。1977 年，美国华盛顿州率先废止“国家亲权”原则，取而代之的是司法模式的新思维：确认未成年人须就其犯行承担责任以及根据年龄、犯罪情形与犯罪史“罪、责、刑相一致”。随后，该州继而颁布“未成年人安置量刑标准”（*Juvenile Disposition Sentencing Standards*），以指导法官如何依据案情而非未成年人个体特征相应量刑。这种做法无疑体现了对古典犯罪学的回归，也就说减少缓刑官在少年法院中的作用。[①] 除华盛顿州外，美国尚有科罗拉多州、爱达荷州与纽约州先后出台最低量刑要求，而这被视为对少年法院基本原则之松动。

1995 年名为“混合刑”（blended sentences）或“扩大管辖范围”（extended jurisdiction）的新型少年裁判模式于明尼苏达州产生，适用对象为恶性未成年人犯罪。据该州法律，少年法院审理这些未成年人时应向其提供与刑事（成人）法院完全相同的诉讼权利保障。[②] 也就是说，此类犯罪人被当作未成年人审理，仍可获得通常情况下仅为成人犯所享有的正当程序保障。一旦获罪，他们将被同时作为成人与未成年人量刑，也就是说所受到的处罚“混合”了刑事（成人）处罚与少年法院处罚。通常情形下，问题少年会先在未成年人矫正机构待上一段时间，然后被送达成人机构继续服刑。一旦有充分证据显示该少年在未成年人矫正机构得到较好矫正，那么原判处的刑罚就有可能被减刑或取消。截至 2003 年，全美已有 23 个州试行这一新刑罚措施。[③] “混合刑”被认为将刑事（成人）司法与少年司法有机结合起来，模糊了两者之间的界限。然而法官适用这种混合刑时仍表现出相当的谨慎，当且仅当问题少年在安置听证中行为失范时方可为之。

---

① Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.49.

② Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. pp.309 –310.

③ Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.286.

3. 弃权听证

除了裁判听证与安置听证外,法庭听证有时还可包括弃权听证(waiver hearing)。因其适用于未成年人成人式审理,稍后内容中详细阐述之。

(四)其他程序

除了上述程序外,各国与地区还因地制宜创设了若干行之有效的程序。比如,我国某些地区试行的"亲情会见"制度对于督促少年迷途知返作用不可谓不显著。《河口区人民法院〈关于建立依法办理未成年人犯罪案件互相配套工作体系〉实施意见》第10条要求,"开庭前,少年法庭一般安排法定代理人或者其他成年近亲属、教师等人员与未成年被告人会见,对未成年被告人进行法制教育"、"会见时审判人员应当在场"。

《北京规则》要求,"诉讼程序应按照最有利于少年的方式和在谅解的气氛下进行,应允许少年参与诉讼程序,并且自由地表达自己的意见"。规则同时督促各国,处理少年罪犯的程序在任何时候均应遵守在称为"正当法律程序"的程序下几乎普遍适用于任何刑事被告人的最低限度标准。

三、上诉程序

如同成年人,未成年人可就安置结果提起上诉。在美国,尽管联邦宪法并未赋予未成年人上诉权(right to appeal),但所有的州宪法均赋予成年人与未成年人上诉权。有些州,当事人可自动获得上诉权。例如,在某些保留死刑的州,死刑案件会自动呈送上一级法院或该州最高法院调阅,这些案件也适用于少年死刑案件。[①] 不过,自动上诉权的获取直到目前仍仅局限于死刑案件,当事人对于非死刑案件须自行提起上诉。需要说明的是,随着美国于2005年废除针对未成年人的死刑,少年上诉权的自动获得不复存在。尽管从理论上来说,当事人可对任何有罪判决通过州与联邦两套法院系统分别提起上诉,但实务中能够一直上诉至联邦最高法院且被其受理的案件

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 296.

则少之又少。[1] 日本新《少年法》第32条规定,"对于保护处分决定,只有存在违反影响决定的法令、重大事实的误认或处分显著不当这三种理由时,少年及其法定代理人或辅佐人可在两周内提起上诉,但辅佐人违背作为选任者的保护人的意见时,不得进行上诉"。

就未成年人案件的上诉,我国《刑事诉讼法》第180条规定,"被告人、自诉人和他们的法定代理人,不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定,有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属,经被告人同意,可以提出上诉"。第181条规定,"地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候,应当向上一级人民法院提出抗诉"。台湾地区《少年事件处理法》第61条亦规定,"少年、少年之法定代理人、现在保护少年之人或辅佐人,对于少年法院所为左列之裁定有不服者,得提起抗告"。

四、少年法院对问题少年的处分原则与处理方式

(一)少年法院对问题少年的处分原则

因未成年人较大的可塑性,少年审判应以"矫正"而非"惩戒"为主要目的,这是与刑事(成年)审判制度最不同的地方。对于未成年人犯罪,少年审判重在实现量刑衡平、刑罚个别化、轻刑化和非监禁化原则。除了对明显无过失的未成年人当庭释放外,少年法院还对其判以缓刑、监禁、赔偿或罚款以及社区服务等。各国均赋予少年法院法官相当大的裁量权,允许其以弹性、非正式方式处理少年偏差案件。以美国为例,1993年在审结的未成年人案件中,56%的问题少年被判处缓刑,28%接受机构处分,12%的问题少年被要求支付罚款、赔偿金或充当一些社区服务者,另有4%被释放。[2] 此外,少年法院也可据未成年人具体家境责任考虑认为继续在原有环境下

---

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 296.

② Torbet, Patricia. (1996). Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

则不利于其健康成长，可令其暂别父母或监护人，或寄养其他家庭，或接受职业训练、药物治疗等。总的来说，缓刑或拘禁期限一般都会到少年二十一岁生日那天戛然而止。但对少年实行刑事（成人）审判则不在此列，这些未成年人有时会受到远比少年法院审判更为严厉的处分。

但这并不意味着法官对未成年人具体处分可随心所欲，所有处分措施都必须围绕未成年人保护这个核心展开。不少国家与地区的少年法明文规定对问题少年处分的原则。例如，香港《少年犯条例》规定这样三项原则，即任何儿童不得被判处监禁或因欠缴罚款、损害赔偿或讼费而交付监狱；任何少年人如可用任何其他方法予以适当处理，则不得被判处监禁；以及被判处监禁的少年人，不得被容许与成年囚犯交往。

英文“drastic alternatives”可被译为“逼上梁山”，而作为安置听证最基本原则的“less drastic alternatives”表示“最不激烈手段”原则。

【案例四十四】

1980年，一十五岁墨西哥非法移民被美国警方控非法驾驶机动车辆。早前，该少年已有车辆盗窃案底，并移送移民局遣返墨西哥。在安置听证中，缓刑官建议将其送至加利福尼亚州少年管教局（California Youth Authority，简称CYA），而该局是全美少年管束最为严厉的机构。在缓刑官看来，连续两起汽车盗窃案足以表明该少年从加利福尼亚州盗车，而在墨西哥销赃，以此谋生。初审法院认可缓刑官的主张，同样认为少年两次浪迹美墨边境，伺机作案，已无可救药。该墨西哥少年对将其判入少年管教局的安置决定不服，遂提起上诉。上诉法院推翻一审法院判决，认为后者滥用职权，未能充分考虑“最不激烈手段”原则。上诉法院指出，少年安置旨在教化、感化，而非刑罚，而加利福尼亚州少年管教局关押的都是屡教不改的未成年暴力犯。尽管加利福尼亚州议会已通过有关法律，按照罪行恶劣程度，罗列出法官可判处的安置种类，包括少年管教局。但是上诉法院注意到，当且仅当其他所有措施均无法矫正未成年人时方可适用少年管教局。据此，上诉法院认定尚无充分理由证明该少年不能被教化从善。最后，上诉法院将案

件发回一审重审，要求尽可能采取“最不激烈手段”安置措施。①

美国其他州也陆续有类似判例，这些案件集合在一起，昭示少年安置的一个最基本原则——最不激烈原则。简而言之，即要求法官除非万不得已，否则尽可能不要对问题少年进行机构矫正，尤其是在那些管束处分极为严厉的机构矫正。这项原则已在许多州以立法形式得到确定。

（二）少年法院对问题少年的具体处理方式

《北京规则》第18.1条规定：“应使主管当局可以采用各种各样的处理措施，使其具有灵活性，从而最大限度地避免监禁。有些可以结合起来使用的这类措施包括：照管、监护和监督的裁决；缓刑；社区服务的裁决；罚款、补偿和赔偿；中间待遇和其他待遇的裁决；参加集体辅导和类似活动的裁决；有关寄养、生活区或其他教育设施的裁决以及其他有关裁决。”结合国内外有关论述，本书作者按照未成年人在其犯罪与偏差行为中的责任大小就少年法院处分结果作如下简单分类：

1. 责任显著轻微

各国对于责任较轻微的未成年人案件，大都处以训诫、免予刑事处罚等处分。法官从调查官社会报告以及自身审判经验中认为未成年人在实施所指控犯罪与偏差行为情节显著轻微，且有悔改表示时，法官都可秉着“惩前毖后、治病救人”而将其当庭释放。特别对于情节轻微者，法官可依据不同少年个人经历与案件实际情形，对其当庭叱责或批评，即所谓“象征性安置”(nominal disposition)。我国《刑法》第37条规定，“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。台湾地区《少年事件处理法》第50条规定，“对于少年训诫，应由少年法院法官向少年指明其不良行为，晓谕以将来应遵守事项，并得命立悔过书。行训诫时，应通知少年法定代理人或现在保护少年之人及辅佐人到场”。

① In re Jose P., 161 Cal. Rptr. 400 (Cal. Ct. App. 1980).

我国1979年《刑法》与1997年《刑法》就未成年人刑事责任的规定均为:十四至十八岁的未成年人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。不过1991年颁布的《未成年人保护法》未涉及未成年人的刑事责任问题。2006年修订的《未成年人保护法》第54条第2款规定,“对违法犯罪的未成年人,应当依法从轻、减轻或者免除处罚”。较1997年《刑法》,《未成年人保护法》在原有的“从轻”、“减轻”处罚基础上,新增加了“免除”处罚的规定。根据“新法优于旧法”原则,自2007年6月1日《未成年人保护法》生效后,对未成年人刑事责任的认定应以该法第54条第2款为准。而在如何认定未成年人刑事责任问题上,《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定,“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪”。第7条规定,“已满十四周岁不满十六周岁的人使用轻微暴力或者威胁,强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大,且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的,不认为是犯罪”,“已满十六周岁不满十八周岁的人具有前款规定情形的,一般也不认为是犯罪”。而第9条规定,已满十六周岁不满十八周岁的人实施盗窃行为未超过三次,盗窃数额虽已达到“数额较大”标准,但案发后能如实供述全部盗窃事实并积极退赃,且具有下列情形之一的,可以认定为“情节显著轻微危害不大”,不认为是犯罪:又聋又哑的人或者盲人;在共同盗窃中起次要或者辅助作用,或者被胁迫;具有其他轻微情节的。此外,已满十六周岁不满十八周岁的人盗窃未遂或者中止的,可不认为是犯罪。已满十六周岁不满十八周岁的人盗窃自己家庭或者近亲属财物,或者盗窃其他亲属财物但其他亲属要求不予追究的,也可不按犯罪处理。该司法解释第17条又规定,未成年罪犯根据其所犯罪行,可能被判处拘役、三年以下有期徒刑,若悔罪表现好,并具有下列情形之一的,应当依照刑法第37条的规定免予刑事处罚:系又聋又哑的人或者盲人;防卫过当或者避险过当;犯罪预备、中止或者未遂;共同犯罪中从犯、胁从犯;罪后有自首或者有立功表现;以及其他犯罪情节轻微不需要判处刑罚的。

由于未成年人叛逆和易于模仿的特点,酗酒是这一年龄段的难以解决之顽疾。对于成人酗酒造成严重后果的,即便是瘾君子,各国及地区刑法大

都要求对其追究刑事责任，我国亦然。而对于未成年人而言，有些国家规定，有酗酒习惯的未成年人应被收留戒酒，这属保安处分的范畴。至于患有各类精神疾病且身体有缺陷而进行有关犯罪与偏差的未成年人，应根据其违反犯罪行为的实际后果以及其案发时精神状态的具体情况作出相应判决。如确有身体特别是脑力残疾严重影响其认知能力的，可责令其监护人或儿童福利机构严加管教，或将其交送适当场所进行治疗与矫正。

2. 责任特别重大

若未成年人触犯刑法，主观恶性较大且情节特别严重者，各国通常有两种做法：一是由少年法院直接行使刑事（成人）法院职权，以刑事司法模式处分犯罪少年；二是少年法院可依一定程序放弃管辖权，而将其移交成人法院审理。而后者是目前欧美少年司法中争议较大的焦点之一，我们将在其后的章节中展开对这一问题的探讨。

我国目前采取第一种模式，在审判程序、判决结果上大体与成人审判无异，在此不再赘述。除了刑法所明文规定的定罪量刑外，有关司法解释还对未成年人犯罪处理有具体规定。如《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定，“十六至十八岁少年出于以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚”。第 10 条规定，“十四至十六岁少年盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。十六至十八岁少年犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照刑法第 269 条的规定定罪处罚；情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚”。

3. 责任介于前二者之间

若行为的社会危害性和主观恶性介于二者之间，即未成年人行为尚不构成成人式犯罪，又有一定主观恶性与社会危害性，则法官可依据案情与未成年人个人背景作出相应前端或终端处分。所谓前端（front end）处分，系指对初犯且社会危害性较小的问题少年所实施的处理方式，一般采取社区处分（community based correction）与分流等措施，特别优先适用缓刑。而终

端(back end)处分则是对社会危害性较大的问题少年所施加的处理方式,多采用机构处分(institution based correction)。

第四节 问题少年刑事(成人)审判

宣父犹能畏后生,丈夫未可轻年少。[1]

——(唐)李白(701—762)

一、问题少年刑事(成人)审判

(一)概述

20世纪70年代末起,在未成年人犯罪飙升及矫正刑效果不彰的严峻形势之下,新保守主义日渐抬头,逐步影响至刑事司法与少年司法的方方面面,各主要发达国家无一例外,尤以美国为甚,纷纷采取“严打”政策,以期有效减少和降低未成年人犯罪对社会稳定与经济发展的负面效应。

未成年人犯罪应对策略的研究、设计、运作、评估与改进方兴未艾,其中包括立法、行政、司法、犯罪矫正及来自社会的全方位、立体交叉式的方案与政策。从司法层面而言,尽管形式依然多样,但究其内涵不外乎两种,即降低刑事(成人)法院管辖门槛与调整少年法院管辖范围。其中前者主要是通过降低未成年人的刑事责任年龄确立起来的;换言之,原先因年幼尚不足以被追究刑事责任的未成年人,如今可能因刑法修正而需面对刑事(成人)法院的审判。相对于前者,后者的灵活性更大。因刑事责任年龄的任何变更通常需要一国最高立法机关或最高司法机关以较高票数通过方得以实现,程序烦琐冗长不说,且受社会舆论制约。调整少年法院管辖范围尽管也不容易做到,但难度小于降低刑事责任年龄。

① (唐)李白:《上李邕》。

（二）国内外适用范例

在英国，通常情况下问题少年会先在少年法院接受提讯。但若出现下述情形之一者，也可能会被移送至治安法院或刑事（成人）法院受审：被控杀人罪，包括谋杀、误杀及杀婴；被控触犯严重罪行；与一名成人一同被起诉；被控一项罪行，而同时有成年人被控为该罪行的协助者及教唆者；被控为一项罪行的协助者及教唆者，而同时有成年人被控触犯该罪行；被控一项罪行，而引致被控罪行发生的情况与引致一名成年人被检控的情况相同。① 而在加拿大，若问题少年年满十四岁且所控罪行恶劣，则可能接受刑事（成人）审判。

日本新《少年法》第20条规定，"家庭裁判所对犯有相当于死刑、徒刑或者监禁罪行的案件，依据调查结果，参照其罪行性质及状况，认为符合刑事处分要求时，必须通过决定，将案件移送与管辖区的地方法院相对应的检察厅检察官"。在我国台湾地区，少年刑事案件由检察官提起公诉后，由少年法院依刑事诉讼法规定审判。刑诉程序与一般刑事案件大体相同，但有下列差异：审判得不公开；不适用自诉规定；不能宣告褫夺公权；有期徒刑执行三分之一之刑期，行为良好，可以假释；缓刑及假释中，须由少年法院少年保护官执行保护管束；非有不得已之情形，不得羁押。

严格意义上说，我国当前的未成年人审判模式亦从属于刑事（成人）审判，所依法律仍主要是刑法与刑事诉讼法，在法庭结构、组织形式、庭审过程等方面与传统成人审判并无大的区别，未成年人只是可享有不同于成人的有限权利。所谓我国已建立独立的少年审判模式的论断尚言之过早，毕竟后者所倚仗的"国家亲权"理念、法官与缓刑官角色重塑及诉讼过程等重要少年审判的内容远未成熟。限于篇幅，本书对我国现行少年审判模式不再赘述。

二、美国问题少年刑事（成人）审判

（一）概述

近年来美国少年司法体系面临种种指责和压力，特别是对未成年人矫

---

① 余肇中：《选定海外地区少年法庭的运作》，香港立法会秘书处数据研究及图书馆服务部，2003年5月20日，第5—6页。

正效果不显及不断攀升的未成年人犯罪与偏差。美国法律允许将问题少年在特定情况下移送刑事(成人)法院审理,若少年在刑事(成人)法院审理,法院可作出成人式判决。早在1903年,也是建立少年法院的第四个年头,芝加哥少年法院便将14名少年移交给当地刑事(成人)法院审理。[①] 仅在1992—1998年,至少40个州都或多或少地进行了少年法院的改革,使起诉未成年人像起诉成年人一样容易,以增加将问题少年移交成人法院审判的频率及增加成人刑的适用范围。[②] 而时至今日,所有的州及哥伦比亚特区都允许在一定条件将未成年人交刑事(成人)法院审理。

美国公众对少年偏差的关注使得联邦政府和各州立法机构修订了相应的法律从而更易于把问题少年从少年法院移送、提交或送回到刑事(成人)法院进行审判和量刑。理论上来说,将问题少年移送至刑事(成人)法院应该达到这样的目标,即移送可将少年司法无法矫正的问题少年交由刑事司法安置;有效威慑未成年人将来再行触法之事。[③] 少年移送法律通过防止少年触犯严重罪行和在刑事(成人)法院对其进行审判、量刑,从而确保给予问题少年足够的监禁期限来实现其防卫社区的目的。这些移送法律也体现了这样一种观点:实施了严重犯罪的问题少年完全应当受到谴责并应受到成人式的刑罚。

(二)问题少年刑事(成人)审判的通常做法——以曼尼案为例

【案例四十五】

曼尼(Manny)从小成长于加利福尼亚州圣何塞最差的居民区,年龄稍大一点,便加入了当地的西班牙裔黑帮。在他看来,这

---

① Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press. p. 174.

② Human Rights Watch. (1999). No Minor Matter: Children in Maryland's Jails. New York, NY: Human Rights Watch. p. 16.

③ Steiner, Benjamin and Emily Wright. (2006). Assessing the Relative Effects of State Direct File Waiver Laws on Violent Juvenile Crime: Deterrence or Irrelevance? Journal of Criminal Law & Criminology. 96(4), p. 1454.

种打打杀杀不无意义，而且是其赢得同侪尊重的必经之路。时间转眼到了1999年秋，曼尼不过十七岁，这一年注定也是其多事之秋：他与另外两个帮派分子合力攻击了邻居。在被害人中，有一位已有6个月身孕，但仍被犯罪人多次以棒球棒殴击其腹部；而另有四名男子遇到袭击，其中两名被戳伤。曼尼被逮捕并被控犯有四项“谋杀未遂”（attempted murder）。而这次袭击则是曼尼第二宗暴力重罪。之前，他便有犯罪前科：十四岁时因涉嫌强奸而在少年法院受审，并通过辩诉交易认罪。因其案底，地区检察官要求此次应将其作为成人审理。而一旦在刑事（成人）法院获罪，曼尼最高可能会被判处20年以上的监禁。

据加利福尼亚州法律，在作出是否应将未成年人移送刑事（成人）法院前，少年法院通常需要考虑到这样五项标准：犯罪人的犯行复杂程度（criminal sophistication）；考虑到该未成年人的既往犯罪史、先前教化的成果及罪行的恶性，犯罪人是否可以在少年法院限定的时日内得以教化；既往犯罪偏差史；既往矫正成功率；犯行的严重与恶劣程度。据此，圣塔克拉拉郡缓刑官向法院提交了曼尼背景报告，主张仅就前四项标准而言，曼尼这次应在刑事（成人）法院受审。在他看来，前次强奸案发生后，曼尼在所谓“少年牧场”（juvenile ranch）未得到有效感化，且仅待了短短56天就因“行为端正”而被释放回家了。但同时，缓刑官并不认为曼尼此次犯行符合第五项要件。尽管袭击孕妇的凶手另有其人，法官认为曼尼犯行极其恶劣、手段残暴，因而第五项要件成立。法官遂认定此案不再适宜由少年法院管辖，应移送至刑事（成人）法院。而在刑事（成人）法院判决结果出来之前，曼尼仍可被拘留在未成年人拘留所内。2001年1月22日，曼尼被刑事（成人）法院判处在州监狱服刑9年。①

---

① WGBH Educational Foundation. (2006). Juvenile Justice: Manny. Retrieved March 23, 2006, from http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/juvenile/four/manny.html.

(三)“斯坦福案”与“演化中的合宜行为基准”

【案例四十六】

在“斯坦福案”(*In re Stanford*)中,当凯文·斯坦福(Kevin Stanford)在肯塔基州逞凶时尚不过十七岁。在举行听证后,当地少年法院依该州律将其移送至刑事(成人)法院。按照有关法律,倘若疑犯或触犯一级重罪或死刑罪,或年满十六周岁而触犯重罪,即交付刑事(成人)法院审理。一审中,斯坦福被判有罪,并罪至极刑。斯坦福不服,认为身为少年应可享有受审于少年司法的宪法性权利。肯塔基州最高法院则在随后的上诉审中支持一审判决,判定斯坦福就其年龄与教化概率而言,陪审团所作决定并无不当之处。而联邦最高法院终审判决中维持原判。大法官安东尼·G. 斯格利亚(Antonin G. Scalia,1936—2007)在判词中指出,对犯罪时年龄介于十六至十七岁的未成年人施以死刑并不违反联邦宪法第八修正案中有关禁止残忍与不寻常刑罚的规定。在他看来,判定某一特定刑罚是否违反第八修正案或取决于该刑罚本身在《权利法案》制定伊始是否涵盖任一该刑罚诸多构成要件,或取决于其是否与成熟社会所认定“演化中的合宜行为基准”(evolving standard of decency)相悖。①

而就所谓的“演化中的合宜行为基准”,似乎较难认定。那么如何判定某一刑罚是否与上述标准背道而驰呢?联邦最高法院认为,不能以主观想象代替客观现实,最为主要和可靠的证据标准便是“全国共识”(national consensus)。若被告人未能提交国民反对处死十六至十七岁未成年人的有关证词,则可断定不存有这样的全国共识。即便庭审时在全美 37 个允许死刑的州中有近半数(15 个州)对这一年龄段的问题少年网开一面,但大法官们不为所动,坚称尚未达到全国共识的标准,因而相关刑罚并不构成残忍与不寻常的刑罚。

---

① In re Stanford, 537 U.S. 968 (2002).

三、未成年人案件移送程序与标准

（一）未成年人案件移送标准

1966年，美国联邦最高法院在“肯特诉合众国”一案中，列举了少年法院需遵循的司法管辖权弃权原则：就弃权与否应当举行听证，该听证在绝大多数州被称作弃权听证；未成年人与其父母在听证中得聘用律师；该律师得在听证日至少前一天获得由法院工作人员收集并保管的绝大多数资料；尽管少年法院作出弃权决定而将未成年人移送成人法院，法官仍需出具书面解释函。[①]

在我国台湾地区，原则上未成年人犯罪是依少年保护案件程序来处理的，有以下情形时则依少年刑事案件程序处理：所犯之罪最少应判5年以上有期徒刑以及涉案人年龄已满十八岁。此外，若犯罪情节重大，参酌少年的品行、性格、经历等情状，以受刑事处分为适当时，经少年法院的法官裁定移送检察官。

（二）未成年人案件移送模式

1. 未成年人案件移送概述

在一定情形下，美国法律允许将问题少年由少年法院移送至刑事（成人）法院受审。理论上来说，将问题少年移送至刑事（成人）法院应该达到这样的目标：将少年司法无法矫正的问题少年移送刑事（成人）司法，由后者安置；有效威慑未成年人将来再行触法之事。[②] 少年移送法律通过防止少年触犯严重罪行和在刑事（成人）法院对其进行审判、量刑，从而确保给予问题少年足够的监禁期限来实现防卫社区的目的。

在1992—1998年，至少40个州都或多或少地进行了少年法院的改革，使检察官起诉未成年人像起诉成年人一样容易，以增加将问题少年移交刑

① Kent v. United States, 383 U.S. 541(1966).

② Steiner, Benjamin and Emily Wright. (2006). Assessing the Relative Effects of State Direct File Waiver Laws on Violent Juvenile Crime: Deterrence or Irrelevance? Journal of Criminal Law & Criminology. 96(4), p.1454.

事(成人)法院审判的频率以及增加问题少年适用成人刑的范围。① 时至今日,所有的州及哥伦比亚特区都允许在一定条件将未成年人交刑事(成人)法院审理。

检察官有权自由裁量未成年人犯罪与偏差案件是否需要移送刑事(成人)法院审理,但需要综合考量所控罪行的严重性、未成年人被告人的先前犯罪与偏差案底以及少年法院可提供的安置措施。《全美检察准则》(第三版)第4—11.5条对此要求,检察官在自由裁量未成年人犯罪与偏差案件是否需要移送刑事(成人)法院审理时,应综合考量当前所检控罪行之严重性、未成年被告之前犯罪案底以及其他因素,是否能表明少年法院可提供之处分服务及安置替代措施适合保卫社区之安全及福利,且适合处理未成年人犯罪与偏差行为。②

待未成年人被移送到刑事(成人)法院后,检察官、法官、律师与陪审团各就各位,按照刑事诉讼一般程序进行。

2. *未成年人案件移送模式*

在美国,至1979年所有的州都授权少年法院的法官就某些恶性案件有放弃管辖权的权利。20世纪80年代期间,更是移送适用的黄金时代,全美涉及未成年人移送的案件数翻了两番。③ 但各州将未成年人从少年法院移送至刑事(成人)法院的具体程序不尽相同。一般说来,主要计有司法弃权、直接控诉、法定排斥三种模式。④ 此外,还有并行司法管辖权模式。只采取其中一种模式的为数不多,而大多数州都是采取两种或以上的组合方

---

① Human Rights Watch. (1999). No Minor Matter: Children in Maryland's Jails. New York, NY: Human Rights Watch. p.16.

② National Prosecution Standards (3nd edition), §4—11.5.

③ Steiner, Benjamin, Craig Hemmens, and Valerie Bell. (2006). Legislative Waiver Reconsidered: General Deterrent Effects of Statutory Exclusion Laws Enacted Post - 1979. Justice Quarterly. 23(1), p.36.

④ Griffin, Patrick, Patricia Torbet and Linda Szymanski. (1998). Trying Juveniles as Adults in Criminal Court: An Analysis of State Transfer Provisions. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. pp.1 - 17. ;, Steiner, Benjamin and Emily Wright. (2006). Assessing the Relative Effects of State Direct File Waiver Laws on Violent Juvenile Crime: Deterrence or Irrelevance? Journal of Criminal Law & Criminology. 96(4), pp.1451 - 1477.

式,以下分述之:

(1)司法弃权

所谓司法弃权(judicial waiver),是指少年法院有权决定是否将有关未成年人案件移送至刑事(成人)法院审理。若少年法院法官不同意移送,则任何人均无权在刑事(成人)法院对未成年人实施刑事(成人)审判。加利福尼亚州、得克萨斯州、夏威夷州等16个州采取此类单一模式。若算上混合使用的,截至2003年,全美共有48个州及哥伦比亚特区采用司法弃权模式。司法弃权通常需要进行听证,以确定少年司法是否对拟议中的问题少年矫正确实无能为力。

而按照法官具体权限大小,弃权在各州又有"全面弃权"(discretionary waiver)、"推定弃权"(presumption waiver)及"强制弃权"(mandatory waiver)三类形式,其中"全面弃权"使用最为宽泛。因各州州情不同,全面弃权在各州说法不尽相同,例如"认证"(certification)、"签保"(bindover)、"发回"(remand)、"移送"(transfer)、"拒绝"(decline)。此类弃权中,法官须就最低年龄、具体触犯罪行及性质、既往犯罪史等情况综合考虑。在强制听证中,检察官通常需负举证责任,而在某些州被控少年则可能承担这一责任。绝大多数州要求证据标准至少应达到"优势证据"标准。一些州还规定,一旦刑事(成人)法院获准对特定未成年人行使管辖权,则其不但可对该未成年人直接予以成人式审理,而且还可将连带的轻微罪行一并审理。①

(2)直接控诉

将某些案件的统一管辖权归属少年法院或成年法院,由检察官选择不同法院进行便宜起诉,检察官拥有几无可争议的权限以决定是否将未成年人送至刑事(成人)法院受审。这种做法被称为"直接控诉"(direct file),又称起诉裁量(prosecutorial discretion)。不同于我国,美国司法界与学术界基本上将检察权(prosecutorial power)界定为行政权之一种,而起诉裁量权是检察官最为重要的权力,不受任何机关左右。截至目前,全美尚仅内布拉斯

① Griffin, Patrick, Patricia Torbet and Linda Szymanski. (1998). Trying Juveniles as Adults in Criminal Court: An Analysis of State Transfer Provisions. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.3.

加州一家单纯采取这种模式处分未成年犯罪与偏差。而若加上混合使用的,则计有14个州与哥伦比亚特区采用直接控诉模式。

(3)法定排斥

美国一些州采取"法定排斥"(statutory exclusion)进行少年移送。法定排斥,又称立法弃权(legislative waiver),系指法律明文规定刑事(成人)法院对涉及未成年人的案件享有原始管辖权,即将某些犯罪指控自动从少年法院管辖范围内予以剥离。换言之,不管少年被指控罪行的严重性,少年法院均无管辖权可言,涉嫌特定罪名的问题少年将被移交至刑事(成人)法院。有学者亦认为,法定排斥实际上与直接控诉差别不大,检察官均可自由裁量起诉未成年人与否,故可视为直接控诉的变种形式。①

【案例四十七】

1978年3月,威利·波斯科特(Willie Bosket)杀害了两名地铁乘客,引发纽约州少年司法体系危机。波斯科特长期浪迹纽约市地铁,伺机抢劫醉酒或酣睡乘客。在其从未成年人矫正机构释放后,他勾结其表兄赫尔曼·斯佩特(Herman Spate)夜晚时常在离其住所较近的地铁线上恶习不改,重操旧业。案发时,一乘客在觉察波斯特克翻查口袋时从睡梦中惊醒,被后者直接以0.22口径手枪击中其额头而殒命。仅仅八天后,波斯科特故技重演,将另一名无辜乘客杀害。在纽约市,各类地铁命案早已不是什么轰动新闻,但波斯科特案所触发的思考却被媒体敏锐捕捉并引发社会广泛讨论,其中与众不同点在于波斯科特之所以以身试法乃系窃取所鼓动,且被害人均与其同居于曼哈顿中心之外的贫民区。案发后,引发纽约居民特别是依赖地铁等公共交通民众极大恐慌,并鼓动对这类犯罪分子决不姑息。②

① Steiner, Benjamin and Emily Wright. (2006). Assessing the Relative Effects of State Direct File Waiver Laws on Violent Juvenile Crime: Deterrence or Irrelevance? Journal of Criminal Law & Criminology. 96(4), p. 1455.

② Singer, Simon I. (1996). Recriminializating Delinquency: Violent Juvenile Crime and Juvenile Justice Reform. New York, NY: Cambridge University Press, pp. 5-8.

截至2003年,全美混合采用法定排斥的州共有31个,外加哥伦比亚特区。在这些州,这类案件会直接起诉到成人法院。显然与前两者决定权由少年法院法官和检察官分别掌控不同,此类送审方式由立法机关事先确定,法官与检察官则较难有作为。

(4)并行司法管辖权

此外尚有一种被称为"并行司法管辖权"(concurrent jurisdiction)模式,系指因过错性质与年龄大小均符合刑事(成人)法院与少年法院立案标准,而由检察官自由裁量向两类法院同时起诉的未成年人审理模式。检察官并不需要通过正当程序来实现这种模式。这与"直接控诉"颇有几分相似,都强调发挥检察官在未成年人犯罪与偏差中的能动作用。

尽管上述方式在操作上各具特点,但至少有一点是相同的,即将特定未成年人交刑事(成人)法院审理应仅为少年法院审理的补充,且对象仅限于从事恶性犯罪而矫正无望的未成年人。以马里兰州为例,一旦未成年人被发现涉嫌蓄意谋杀、强奸、持械抢劫等恶性犯罪,根据不同年龄,他们中的很多人将会被自动作为成人在刑事法院受审。因为少年法院一旦放弃了对问题少年进行审理的管辖权,问题少年将失去了获得保护和得到矫正的可能性。在一些州,刑事(成人)法院在审理问题少年案件时可以对问题少年处以成人的或问题少年的刑罚。被刑事法院判处重罪的问题少年往往丧失了很多权利和特权,并且可能被处以成人式的制裁。

(三)反弃权

到目前为止,所探讨的都是有关将某些触犯严重罪行的未成年人移送至刑事(成人)法院的问题。实际上,我们不免要提出这样的问题:既然刑事(成人)法院对于犯特定罪名的未成年人可以行使管辖权,但是毕竟出庭受审的未成年人尚为犯罪嫌疑人,检察官起诉的案件亦不一定十分严重,那么有没有可能出现将未成年人的偏差行为定性过高,特别是在某些有自动移送条款的地方更是如此。理论上这种猜测和不安是存在的,所幸的是许多州都正视这一弊端而采取一定的补救措施,反弃权便是其中一例。

所谓反弃权(reverse),是指刑事(成人)法院应未成年犯罪嫌疑人申

请,对其所犯罪行进行评估,以判定将其移送至少年法院是否更符合该未成年人和社会的利益的司法程序。这一过程中,刑事(成人)法院的法官需要全面衡量未成年人的个人背景,包括年龄、心理与身体健康状况、未来可被矫正成功的可能性、所被指控罪行的性质以及公共安全等方面。

四、未成年人刑事(成人)审判评价

对未成年人移送评价褒贬不一,毁誉参半。而对未成年人进行刑事(成人)审判实际效果如何,亦尚有待证实。《刑事司法系统中儿童问题行动指南》第 14 条特别规定,“凡尚未达到法定刑事责任年龄的儿童均不得受到刑事指控”。虽然不能确定少年移送法律能否从长远上制止少年偏差,但就刑事(成人)法院对问题少年进行审判,并把他们关押在成人监狱这一点而言,将对问题少年几乎没有任何好处,却带来了许多潜在的不利后果。随着时间的推移,刑事审判和成人监禁似乎不是促进而是妨碍了对社区的防卫,也并非增加而是减少了偏差少年应负的责任,并抑制了其能力的发展。

时至今日,美国就未成年人移送法律结果的实证研究稀缺,没有充分证据证明其达到了预期目的。犯罪学家西蒙·辛格(Simon Singer)与大卫·麦克多维尔(David McDowell)对纽约州《少年罪犯法》(*Juvenile Offender Law*)效果进行了评估。该法案于 1978 年获得通过,将刑事(成人)法院的门槛降低至谋杀罪为十三岁,强奸、抢劫、伤害等则为十四岁。两人就纽约在该法案通过前四年与通过后六年内的未成年人逮捕率进行比较研究,结果发现,成人式刑罚对遏制未成年人犯罪并无明显效果。① 稍后,埃里克·延森(Eric Jensen)与林达·麦兹格(Linda Metsger)就爱达荷州 1981 年通过的移送法前后五年间的实际效果也进行了跟踪调查。他们研究也得出了类似的结果,即移送法律对于未成年人犯罪效果不彰。② 事实上,仅有少数少

① Singer, Simon, and David McDowell. (1988). Criminalizing Delinquency: The Deterrent Effects of the New York Juvenile Offender Law. Law and Society Review. 22, p. 35.

② Jensen, Eric, and Linda Metsger. (1994). A Test of the Deterrent Effect of Legislative Waiver on Violent Juvenile Crime. Crime and Delinquency. 40, pp. 96 - 104.

年被送往刑事(成人)法院,大部分案件并非暴力犯罪;移送会造成案件复杂化和审理迟延。很多人认为移送的做法实际上是在法庭作出裁决前采取有罪认定,故对当事人极不公平。

第七章　未成年人矫正与更生重建

第一节　未成年人机构矫正与社区矫正

谁道人生无再少？门前流水尚能西，休将白发唱黄鸡。[①]

——(宋)苏轼(1037—1101)

人们被关进监狱已是处罚，而不是为了处罚。[②]

——[英]英国监狱委员会主席帕特森

一、未成年人矫正概说

(一)刑罚与未成年人矫正

作为社会控制手段之一种，刑罚是国家公权力对抗严重不法行为最为严厉的谴责与制裁，承担着社会防卫的最后一道门槛。在礼法并重的中国传统社会里，“阳为德，阴为刑”、“阳德出于礼，礼出于刑”。[③] 在李斯特看来，所谓刑罚，乃系“刑事法官根据现行法律就犯罪人的犯罪行为而给予犯罪人的惩罚，以表达社会对行为及行为人的否定评价”。[④] 日本刑法学家牧野英一(1878—1970)主张，刑罚是国家对不法行为作为法律上的效果给个

---

① (宋)苏轼：《浣溪沙》。

② 转引自林茂荣、杨士隆：《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版)，台北：五南图书出版公司1999年版，第45页。

③ (汉)戴德：《大戴礼·四代》。

④ [德]弗兰茨·冯·李斯特、埃贝哈德·施密特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，北京：法律出版社2000年版，第401页。

人课处的法益的剥夺。[①] 我国台湾学者黄征男认为，刑罚的本质在于报应(retribution)、吓阻(deterrence)、隔离(incapacitation)、矫正(rehabilitation)、重修(reintegration)与修复(restoration)。[②] 西方的传统犯罪经济学家认为，刑罚之所以能预防犯罪在于其减少人们的效用，比如罚金可减少财富，而自由刑则会减少赚取财富并将其用来消费嗜好的机会。[③]

据史载，犯罪矫正工作可以追溯至公元前三千年的古希腊罗马时代及我国夏商时代。据刑法史学者蔡枢衡考证，早在三皇五帝时代，通常以放逐与扑抶等方式作为违反公序良俗的刑罚。所谓扑抶，《说文解字》解释为"抶，笞击也"，[④]即以竹具敲打不乏者，使其蒙羞而不敢再犯。在蔡枢衡看来，扑抶的作用在于教育而非惩罚。推而广之，"原始社会的制裁是教导，而不是惩罚"。[⑤] 早在西周时期便在商王之下设有"司寇"一职，"使帅其属而掌邦禁，以佐王刑邦国"，作为国家最高司法官。以"司寇"为题专章规定矫正，足见当时统治者对教化的重视与企盼。而郑玄注曰"圜土"公用在于"困苦以教之为善也"，而这也是"毋庸杀之，姑惟教之"等礼治理念于刑罚运作中的具体表现。《尚书》载曰"罚惩非死，人极于病"，明确指出刑罚的目的不在于惩戒犯罪人，而在于使人远离犯罪。[⑥] 蔡枢衡认为，其时周穆王的刑事政策在于一般威吓，即吓阻一般人等不致犯罪。[⑦]

李斯特指出，"矫正可以矫正的，无法矫正的不使为害"，这逐步衍变为现代犯罪矫正的重要原则。犯罪矫正(correction)，原义系指纠正、改正，后延伸至犯罪学与行刑学领域。关于犯罪矫正的确切定义，可谓众说纷纭。有学者认为，矫正是指在刑罚执行的过程中，通过监管、教育、生产劳动等手

---

① 转引自马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉：武汉大学出版社2002年版，第748页。

② 黄征男：《从刑罚本质探讨"我国"犯罪矫正发展趋势》，载(中国台湾)《司法新趋势》2003年第5期。

③ [美]埃里克·A.波斯纳著，沈明译：《法律与社会规范》，北京：中国政法大学出版社2004年版，第133页。

④ (东汉)许慎：《说文解字》。

⑤ 蔡枢衡：《中国刑法史》，北京：中国法制出版社2005年版，第49页。

⑥ 《尚书·吕刑》。

⑦ 蔡枢衡：《中国刑法史》，北京：中国法制出版社2005年版，第74页。

段，使罪犯转换思想、矫正恶习、增长知识、掌握劳动技能，成为守法公民和自食其力劳动者所进行的活动。[①] 据《中国劳改学大辞典》的解释，犯罪矫正主要指通过监禁隔离、教育感化心理治疗和技术培训等措施，使罪犯逐步适应社会生活而进行的活动。[②]

清末法学家沈家本指出，“化民之道，固在政教，不在刑威也”，[③]对于未成年人犯罪与偏差更是如此。本书作者认为，所谓未成年人矫正系指以问题少年自身所需为根本出发点与落脚点，采取专业化与个别化处分措施，通过机构化和社会化纠正其不良心理倾向与习惯的矫正措施的总称。一般来说，未成年人矫正包括需防卫社会与保护被指控的未成年人以及应向问题少年提供适当医疗、心理、教育服务等方面。而传统的咨询、机构化及分流对吓阻未成年人犯罪偏差作用不甚明显。许多未成年人矫正机构都十分强调通过未成年人内化而实现其改悔自新及更生重建。

在犯罪学家强平希看来，未成年人矫正主要包括五个主要目标：威吓(deterrence)、更生重建(rehabilitation and reintegration)、预防(prevention)、刑罚与报应(punishment and retribution)、隔离与控制(isolation and control)。[④] 这里，威吓包括严苛纪律处分、正式处罚。监禁与世相对隔绝，可有效预防问题少年再行犯罪与偏差。因严打的犯罪政策，愈来愈多的未成年人被移送刑事(成人)法院受审，体现刑罚与报应的目的。对于那些屡教不改的问题少年，也许最适合他们的地方便是高墙大院。美国爱达荷州《少年矫正法》(*Juvenile Corrections Act*)指出未成年人矫正的原则在于：问责制(accountability)、社区保护(community protection)与能力发展(competency development)。在20世纪70年代针对少年司法制度改革的各项呼声中，美国司法管理学院(Institute of Judicial Administration，简称IJA)及美国律师协

---

① 转引自夏宗素：《罪犯矫正与康复》，北京：中国人民公安大学出版社2005年版，第11页。

② 中国劳改学会：《中国劳改学大辞典》，北京：社会科学文献出版社1993年版，第621页。

③ 沈家本：《历代刑法考》(第一卷)，北京：中华书局1985年版，第2025页。

④ Champion, Dean (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and Law (5th edition). NJ: Upper Saddle River, Prentice Hall. pp. 560－564.

会(American Bar Association,简称 ABA)认为造成当时美国少年司法困境的原因甚多,但“少年司法系统中最大的不足在于其安置及矫正阶段”。[①] 由此可见未成年人矫正之重要性。

《北京规则》要求,“把少年投入监禁机关始终应是万不得已的处理办法,其期限应是尽可能最短的必要时间”。该项规定从两个方面对少年监禁加以限制:一是从数量上,即“万不得已的办法”;二是从时间上,即”最短的必要时间”。这一规则反映出第六届联合国大会第4号决议的基本指导原则之一:除非在别无任何其他适当办法时,不得把少年罪犯投入监狱。《囚犯待遇最低限度标准规则》第5条第2款约定,“青少年囚犯这一类别最少应当包括属少年法庭管辖的所有青少年。一般而言,对这些青少年不应判处监禁”。《利雅得准则》第46条明文要求,“剥夺少年的自由应作为最后的一种处置手段,时间应尽可能短,并只限于特殊情况”。[②] 该规则将“剥夺少年的自由”定义为,“剥夺自由系指对一个人采取任何形式的拘留或监禁,或将其安置于另一公私拘禁处所,由于任何司法、行政或其他公共当局的命令而不准自行离去”。

若以拘束之宽松程度为划分标准,可将未成年人矫正分为机构处分、社区处分与中间制裁三大类型。台湾犯罪矫正学者李自强认为,机构处分是“以矫正、教化及隔离监禁为手段,以达成吓阻与矫正目的”;而社区处分则以少年观护、更生保护为主,“是以去机构化及非监禁式的个别化处分计划为手段,除吓阻消极目的外,更重要的是借辅导与治疗达成复健的积极目的”。[③] 中间制裁措施,则系指介于机构处分与社区处分之间的制度,其目的在缓和机构处分中隔离与监禁的严厉性,使服刑人易于回归社会。近年来,中间制裁措施逐渐引起各国重视。

---

① Manfredi, Christopher P.. (1998). The Supreme Court and Juvenile Justice. Lawrence, Kanasa: University Press of Kanasa. p. 160.

② 本条中,中译本翻译恐有误:原文中的“institutionalization”意为“机构处分”,而中译本却臆断为“安置教养”,虽然意思没有特别明显的差异,但翻译似应直译为主,除非明显歧义。

③ 李自强:《触法少年安置辅导处遇之现况与检讨》,载(中国台湾)http://www.pbaroc.org.tw/html/link8-6-1.htm,2007年4月3日。

《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》指出,“对违法犯罪的未成年人实行教育、感化、挽救的方针,坚持教育为主,惩罚为辅的原则”。我国对少年犯的矫正总体上来说进展迅速,效果也较明显。来自最高人民法院的司法统计显示,2000—2006年间,我国法院共审判43万余名未成年罪犯,重新犯罪的仅占1.26%。[①]

(二)未成年人矫正模式

犯罪矫正模式依各国国情不同而又所差异,分类繁多。比如美国犯罪学者克莱门斯·巴特勒斯(Clemens Bartollas)将犯罪矫正模式分为更生重建模式(rehabilitation model)、正义模式(justice model)[②]与惩罚模式(punishment model)三种模式。[③] 在考察世界各主要国家未成年人矫正体系后,美国犯罪学者杰夫里·菲洛(Jeffrey Ferro)认为未成年人矫正模式基本上可划分为四类,即治疗模式(treatment model)、司法模式(justice model)、犯罪控制模式(crime control model)及平衡与恢复性司法模式(balanced and restorative justice model)。[④] 这几种模式各具特点,都是从审视未成年人犯罪与偏差及其成因角度而产生的。参照上述分类,可将未成年人矫正模式简单分为治疗模式与司法刑罚模式。各国及地区的未成年人矫正莫不是辗转于两者之间摇摆。

1. *治疗模式*

治疗模式又称为医疗模式,系指以医患关系重新审视矫正工作人员与问题少年之间的关系,将后者视为迫切需要医治的患者而对其施行个别化治疗的未成年人矫正模式。这种模式在19世纪末美国“未成年人拯救者”所倡导,他们要求组建少年法院,并以此为基础建立起独立的少年司法体系;并要求业界将

---

① 田雨:《所有未成年人刑事案件基本上均由少年法庭审判》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/legal/2007-05/31/content_6181536.htm,2007年5月31日。

② 鉴于英文“justice”可分表“司法”或“正义”之义,汉语圈的刑法学者和犯罪学者根据不同语境和理解加以翻译与援用。此处“justice model”似以译为“司法模式”为妥。

③ 林茂荣、杨士隆:《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版),台北:五南图书出版公司1999年版,第10页。

④ Ferro, Jeffrey. (2003). Juvenile Crime. New York, NY: Facts on File. p. 83.

重心从未成年人的犯罪性移转至导致其不法的心理与社会因素。在他们看来，所有这些都如同医生检查诊断出问题所在，继而对症下药，有的放矢。在该模式看来，刑罚对未成年人矫正毫无益处，且会破坏其改悔向上的主观意愿。

2. 司法刑罚模式

司法刑罚模式，系指以定期刑、废止假释及使用监狱等举措来惩罚犯罪人的未成年人矫正模式。司法模式最早由大卫・福格尔（David Fogel）提出，根基于报复（retribution）。与治疗模式针锋相对，司法模式在很大程度上颠覆了“国家亲权”原则，将“正当程序”（due process）[①]逐步引入少年司法体系，意在赋予未成年人更多的宪法性保护。支持司法模式的人认为，一如成年人，未成年人亦需据罪刑相适应原则为其过错承担相应责任。在该模式下，少年法院应以定期刑及矫正与工作并列的项目为主。他们进一步要求对身份过错进行除罪化处理，且问题少年应尽所能向被害人赔偿以弥补其损失。《北京规则》明文规定处理未成年人犯罪与偏差时必须遵守“正当程序”，且贯穿始终，更视其为最低限度标准。依据“正当程序”，任何“公平而合理的审判”应包括无罪推定、证人出庭和接受质询、公共的法律辩护、沉默权、在审讯时最后发言的权利及上诉权等基本权利保障。

（三）问题少年的刑罚方式

根据科处刑罚受刑人被剥夺的法益是什么的观念，可将刑罚分为生命刑、身体刑、自由刑、名誉刑及财产刑。[②] 一般而言，刑事（成人）法院法官对问题少年的刑罚处理方式计有：死刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金。一些国家及地区明确对未成年人限制适用死刑或监禁刑，如我国香港地区《刑事诉讼程序条例》（第221章）第109A条，限制法院向年龄介乎十六至二十一

---

① “正当程序”于少年司法的适用已摆脱昔日少年刑事司法的束缚，而逐步延伸至教育等儿童福利。如在“格斯诉洛佩斯案”（Goss v. Lopez）中，联邦最高法院认为面临临时停课处分的公立学校学生，有财产及自由利益并据此享有正当程序权；法院继而主张，在这样的案件中，正当程序至少要满足三个条件：口头或书面之停课通知、相关证据之说明以及学生之陈述机会（Goss v. Lopez, 419 U.S.565 (1975)）。

② 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉：武汉大学出版社2002年版，第762页。

岁之间的少年判处监禁刑罚。

1. 死刑或极刑

"杀人偿命,欠债还钱"①,《圣经》也说,"灭人性命者必被处死"②,可见中外对凶杀案死刑适用之推崇。但《公民权利和政治权利国际公约》、《美洲人权协议》(*The American Convention on Human Rights*)、《儿童权利公约》及其他国际条约明文确定各国不得对未成年人施加死刑。如《公民权利和政治权利国际公约》第6条第5款禁止对儿童判处死刑;《儿童公约》第37条第2款要求各缔约国对未满十八岁的人所犯罪行不得判以死刑或无释放可能的无期徒刑;《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第10条指出,"死刑本身产生了与人权有关的某种严重问题,对犯罪时未成年的人不得判处死刑"。

日本新《少年法》第51条第1款规定,"对于犯罪时不满十八岁的少年,应当判处死刑时以无期徒刑代替"。我国《刑法》第49条明文规定,对十八岁以下未成年人不得适用死刑。我国台湾地区《少年事件处理法》第75条规定,"除犯杀害直系尊亲属罪外,不得处未成年人死刑或无期徒刑"。截至2005年,全世界尚有美国、伊朗、沙特阿拉伯、巴基斯坦、也门和尼日利亚六国仍然对未成年人执行死刑。除美国之外,其余均为伊斯兰国家。2005年12月10日,名叫罗斯塔姆·塔吉克(Rostam Tajik)的二十岁伊朗青年因其四年前触犯的谋杀罪而被绞死,③这是依据伊斯兰法同态复仇的"奇萨斯法"(Qisas)所作出的。

长久以来,是否废止死刑困扰着美国社会,而是否将死刑沿用至未成年人更是最激烈的争论之一。1972年,联邦最高法院在"弗曼诉佐治亚州"(*Furman v. Georgia*)一案中,以5:4微弱多数裁决认为死刑为联邦宪法第八修正案所"不得施加残酷及异常之刑罚"(cruel and unusual

① (元)马致远:《任风子》。

② 《圣经·利未记》。

③ Amnesty International. (2005). Iran: Imminent Execution: Rostam Tajik. Retrieved April 3, 2007, from http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE130752005?open&of=ENG-392.

punishment)。[1] 六百余名死囚因此意外获得免死金牌。而4年后,在审理"格雷格诉佐治亚州"(*Gregg v. Georgia*)时,最高法院又作出截然相反的判决,以7:2悬殊裁决重新认定死刑合宪。[2]

自1973年恢复适用死刑以来,全美计有228名未成年人被判处死刑,其中22名已被执行,占同期死刑执行总人数的2.3%;而目前仍有74名服刑人在为他们未满十八周岁时所犯的罪行等待被执行死刑。[3] 实际上,对问题少年执行死刑仍不多见。时至2005年,仍有38个州明文规定可以对问题少年施以死刑,23个州更明示可以处决未满十八周岁的问题少年。[4] 有的州甚至有判决将十七周岁、十六周岁的问题少年处以死刑。1988年,联邦最高法院通过"汤普森诉俄克拉何马州"(*Thompson v. Oklahoma*)一案判决联邦宪法禁止对犯罪时仅十五岁的人处以死刑。[5] 而一年后,最高法院又通过"斯坦福诉肯塔基州"(*Stanford v. Kentucky*)判决对十六岁及以上未成年人处以死刑合宪。[6] 对未成年人判处死刑使美国为国际社会诟病,尤其是在其自诩为人权斗士、挥舞"人权"大棒指责他国未成年人保护状况时更落下话柄。

【案例四十八】

"洛普尔诉西蒙斯"(*Roper v. Simmons*)案发时,本案当事人克里斯多夫·西蒙斯(Christopher Simmons)年仅十七岁。他与另两位狐朋狗友共谋杀害,策划趁夜黑月高时分,潜入被害人雪莉·克鲁克(Shirley Crook)家里,将其捆绑后投入附近河中,致其溺水身亡。他一再向同伙打气,妄称未成年不需要承担责任。虽一人借

① Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

② Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

③ Streib, Victor. (2005). The Juvenile Death Penalty Today: Death Sentences and Executions for Juvenile Crimes, January 1, 1973 - December 31, 2004. Ada, OH: Ohio Northern University Claude W. Pettit. College of Law. p.3.

④ Cothern, Lynn. (2000). Juveniles and the Death Penalty. Coordinating Council on Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.1.

⑤ Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).

⑥ Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361(1989).

> 故离去,西蒙斯与另一人仍坚持己见,恣意妄为。其后案件发展亦按原计划实施完毕。因案情骇人听闻,令人发指,本案被移交当地刑事(成人)法院审理。初审时,证据确凿,西蒙斯也供认不讳。即便考虑减轻情节,如无犯罪既往史、家庭因素及尚未成年等情形,陪审团仍作出有罪判决,并建议适用死刑。初审法官其后也认可此建议。西蒙斯不服,主张辩护律师未尽全力,且其年龄尚幼,应减轻刑罚。为迎合要求废止对未成年人处以死刑的民意,密苏里州最高法院改判西蒙斯终身监禁,且不得假释。密苏里州检察官不服,上诉至联邦最高法院。2005 年 3 月 1 日,联邦最高法院以 5∶4 微弱多数判定对十八岁以下未成年人适用死刑违宪。①

在判词中,安东尼·肯尼迪大法官(Anthony Kennedy,1936—2007)如是说:即便问题少年罪行滔天,国家可收缴其某些最基本自由,但国家仍不得熄灭其生命及获得成熟理解自己人性的机会。最高法院进一步指出,处决十八岁以下问题少年违反几项国际条约,包括《儿童权利公约》和《公民权利和政治权利国际公约》,并表示国际舆论反对未成年人死刑也坚定其废止决心。本案为美国未成年人刑罚发展的最大分水岭,但后续发酵作用尚需观察。

2. 无期徒刑或终身监禁

除了死刑之外,对未成年人适用无期徒刑亦遭致抨击和指责。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第 11 条建议,"禁止任何形式的终身监禁、肉刑、酷刑或者任何不人道的待遇"。无期徒刑与终身监禁(life imprisonment)有一定区别,后者并不一定会强制服刑人参加劳动并接受教育和改造。

在美国,按照是否适用假释,可将终身监禁划分为无假释之终身监禁(life imprisonment without parole,简称 LWOP)与有假释之终身监禁(life imprisonment with parole,简称 LWP)。对于前者,未成年人有可能坐穿牢底。在被判处无假释之终身监禁的未成年人中,有半数被羁押在宾夕法尼亚、加

① Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

利福尼亚、密歇根及路易斯安那4个州。尽管阿拉斯加、科罗拉多、堪萨斯、新墨西哥及俄勒冈4个州禁止对未成年人适用无假释之终身监禁,但多达29个州允许至少就一种罪名(大多数为凶杀罪)对未成年人适用无假释之终身监禁。截至2009年,美国有6,800名罪犯因其未成年时所犯之罪被判处该类无期徒刑,其中有四分之一将在监狱度过漫长余生;最年轻的无假释之终身监禁服刑人只有13岁。①

【案例四十九】

在"沙利文诉佛罗里达"(*Sullivan v. Florida*)案中,乔·沙利文(Joe Sullivan)13岁时因涉嫌性暴力(sexual battery)而被佛罗里达州法院判处无假释之终身监禁。在提交佛罗里达上诉法院的上诉状中,沙利文认为这一刑罚是其无法承受之重,违反了联邦第八及第十四宪法修正案而过于残忍及非同寻常。但佛罗里达上诉法院确认一审判决,联邦最高法院亦驳回调案复审令(writ of certiorari)。②

日本新《少年法》第51条第2款规定,对于犯罪时不满十八岁的少年,应当判处无期徒刑时,可处以有期徒刑或者监禁,刑期为10至15年范围内。不同于该条第1款就少年死刑"应当判处死刑时以无期徒刑代替",这里使用"可处以有期徒刑或者监禁",即对未成年人适用无期徒刑时,能否处以有期徒刑或者监禁并不是必然的,而出于法官的综合评判。

在我国,无期徒刑系指剥夺罪犯终身自由,强制其参加劳动并接受教育和改造的一种刑罚方式。③ 2001年至2002年,关颖等人对我国10个省市3,000名未成年犯的抽样调查发现,尽管三年以下有期徒刑的占近半数(47.5%),但十年以上徒刑的仍占了近一成(9.8%),尤其是无期徒刑占到

① Butler, Frank. (2010). Extinguishing All Hope: Life-Without-Parole for Juveniles. Journal of Offender Rehabilitation. 49, p. 274.

② Sullivan v. Florida, 560 U. S. (2010).

③ 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社2003年版,第237页。

了4.2%。[①]《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第13条规定,“未成年人犯罪只有罪行极其严重的,才可以适用无期徒刑”、“对已满十四周岁不满十六周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑”。即无期徒刑的适用对象分为十四至十六周岁一般不适用,及十六至十八周岁选择适用两种。我国刑法学者赵秉志认为,在现行刑法的条件下对未成年犯罪人也应严格限制和尽少适用无期徒刑,“不得已适用时亦应注意依法从宽掌握刑罚执行中的减刑、假释的适用,做到有严有宽、严中有宽、宽严相济”。[②]

3. 有期徒刑或监禁

在我国,有期徒刑是指剥夺罪犯一定期限的人身自由,并强迫其劳动和接受教育改造的刑罚方式。[③] 在国外,有期徒刑还包括“监狱作业”(prison industry 或 labor system)这种形式。遵循个别化司法理念,不少法域对不定期刑推崇备至。尽管欧洲大陆法系国家少年法院的建立都受到了美国的巨大影响,但是绝大多数都没有不定期刑,[④]这也是美国与欧洲大陆法系国家在未成年刑罚上的不同点之一。

《纽约州刑法典》第70.05条明文规定,对触犯重罪未成年犯之监禁应适用不定期刑。法条同时明确,对未成年犯之不定期刑应不少于3年,其上限应分门别类:对于犯有二级谋杀罪之一等重罪(class A felony of murder in the second degree),该刑期上限可至终身监禁;对于一级纵火之一等重罪(class A felony of arson in the first degree)或一级绑架之一等重罪(class A felony of kidnapping in the first degree)等重罪,刑期上限应由法庭确定之,介于12—15年之间;对于二等重罪(class B felony),刑期上限应由法庭确定之,不得超过10年;对于三等重罪(class C felony),刑期上限应由法庭确定

---

① 关颖、鞠青主编:《全国未成年犯抽样调查分析报告》,北京:群众出版社2005年版,第6页。

② 赵秉志:《未成年人犯罪的刑事责任问题研究(三)》,载《山东公安专科学校学报》2001年第4期,第7页。

③ 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社2003年版,第235页。

④ Junger-Tas, Josine. (2002). The Juvenile Justice System: Past and Present Trends in Western Society. In Weijers Ido and Antony Duff. Punishing Juveniles - Principal and Critique (edited). OR: Portland, Hart Publishing. p. 24.

之,不得超过7年;对于四等重罪(class D felony),刑期上限应由法庭确定之,不得超过4年。未成年犯之不定期刑下限也随不同犯罪分类而有所差异:对于犯有二级谋杀罪之一等重罪,最低刑期应由法庭确定之,应介于5—9年;对于一级纵火之一等重罪或一级绑架之一等重罪,刑期应由法庭确定之,介于4—6年之间;对于二等、三等或四等重罪,最低刑期应由法庭确定之,为所判处最大刑期之三分之一。①

《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第13条建议,"徒刑作为一种例外的制裁措施,只可能对严重的罪行宣判,并且只能适用于已对品行作出仔细评估的未成年人"。而就期限而言,该决议指出,"必须严格限制徒刑的判处和徒刑的期限"。第11条又建议,"监禁最长不超过15年"。

4. 罚金与赔偿

罚金(fine),系指由少年法院判定而由未成年人或其父母以现金支付的处罚方式。罚金很少独立使用,而多与缓刑并用。罚金被用来支付法庭开支、毒品或酒精测试及被害人补偿等用途。据我国刑法,罚金属附加刑,也可独立适用。不同于成年人,绝大多数未成年人没有独立个人资产,对其施以罚金,不但达不到刑罚效果,而且现实执行起来亦困难重重。《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第15条规定,"对未成年罪犯实施刑法规定的'并处'没收财产或者罚金的犯罪,应当依法判处相应的财产刑;对未成年罪犯实施刑法规定的'可以并处'没收财产或者罚金的犯罪,一般不判处财产刑"、"对未成年罪犯判处罚金刑时,应当依法从轻或者减轻判处,并根据犯罪情节,综合考虑其缴纳罚金的能力,确定罚金数额,但罚金的最低数额不得少于五百元人民币"。

赔偿(restitution),则系指未成年人须根据其给被害人所造成的损失而向其提供补偿的处罚方式。美国有32个州允许赔偿,有17个州允许罚款作为法院的安置方式。赔偿系法院要求犯罪人对被害人或社区付钱或提供服务,具体金额由法官判定。我国《刑法》第36条规定,由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被处罚金,其财产不足以

---

① New York State Penal Law, §70.05.

全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。《民法通则》中有父母或监护人替未成年人承担经济赔偿责任的规定。《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 19 条规定,“刑事附带民事案件的未成年被告人有个人财产的,应当由本人承担民事赔偿责任,不足部分由监护人予以赔偿,但单位担任监护人的除外”,“被告人对被害人物质损失的赔偿情况,可以作为量刑情节予以考虑”。

5. 剥夺政治权利与褫夺公权

一般来说,大多数国家与地区在对剥夺问题少年政治权利问题上比较审慎。剥夺政治权利又称褫夺公权,在我国为刑法规定的一种附加刑,是指法院剥夺罪犯作为国家公民享有参与国家管理和从事政治活动的权利。我国《刑法》第 54 条规定,剥夺政治权利是剥夺下列权利:选举权和被选举权;言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;担任国家机关职务的权利;及担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。《宪法》第 34 条规定,年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权。换句话说,未满十八周岁的未成年人并不享有选举权与被选举权。至于担任国家机关职务及担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利,现实生活中几乎没有可能。由此观之,《刑法》所能剥夺的未成年人政治权利实际上仅局限于言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利,且实践中范围可能更小。

鉴于《刑法》剥夺未成年人政治权利范围的有限性,《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条规定,除刑法规定“应当”附加剥夺政治权利外,对未成年罪犯一般不判处附加剥夺政治权利;若对未成年罪犯判处附加剥夺政治权利的,应当依法从轻判处;对实施被指控犯罪时未成年、审判时已成年的罪犯判处附加剥夺政治权利,适用前款的规定。我国台湾地区《少年事件处理法》第 78 条规定,“对于少年不得宣告剥夺公权及强制工作”。

(四)未成年人保安处分与工读学校

1. 未成年人保安处分

保安处分(rehabilitative measure,德文 sicherungsmassnahme)与刑事处

罚、行政处分互为补充，系指以对特定犯罪为前提，为防止将来犯罪的危险性发生，由法院来宣告，施以与刑罚不同的隔离、监禁、劳动、教化的处分措施。[①]保安处分最早见于1893年瑞士刑法学者卡尔·司托斯（Carl Stooss）起草的《瑞士刑法草案》，大陆法系多数国家刑法中均有保安处分的规定。1936年，我国国民政府在其颁布的新刑法中增加了“保安处分”一章，明确规定“对于特殊儿童之犯罪者，施以感化教育”。

保安处分一般包括感化教育、监护、强制戒毒、强制工作、保护管束及驱逐出境。韩国《少年法》第4条第1款第2、3项及第32条规定，对于实施抵触刑罚法令行为的十二岁以上未满十四岁的少年，及将来有实施抵触刑罚法令忧虑的十二岁以上的少年[②]可以处以保安处分。[③] 这些保安措施主要包括对未成年人的禁戒措施、对未成年人的犯罪与偏差行为适用的收容教养及强制戒毒等专门性处分措施。因保安处分的非刑罚性，使其对有犯罪嫌疑及对社会有潜在危险的人均可适用。因而有学者称19世纪为刑法发达年代，而20世纪则是保安处分时代。[④] 鉴于保安处分的独特作用，有学者认为英美缓刑制度大体相当于大陆法系国家的保安处分。[⑤]

目前我国刑法条文中虽无保安处分之名，但多数学者大都视收容教养、强制医疗、治疗监护、强制禁戒、监督考察、驱逐出境等为其表现形式。其中，收容教养是备受争议的未成年人保安处分措施，是对特定人群不予刑事处罚，以行政措施而非法院宣告实现教育、感化、挽救与保护目的之行政强制措施。针对未成年人的收容教养主要限于处罚时不满十六岁、由政府收容教养的问题少年。

2. *少年收容教养的方针*

早在1951年12月5日，中共中央法制委员会在《关于未成年人被匪特

---

① 叶雪鹏：《窃盗罪的保安处分?》，载（中国台湾）http://tps.judicial.gov.tw/data/法令园地95八月.doc，2008年10月28日。

② 依韩国《少年法》，这里“少年”系指二十岁以下青少年。

③ ［韩］李在详著，［韩］韩相敦译：《韩国刑法总论》，北京：中国人民大学出版社2005年版，第269页。

④ 李岑思：《保安处分执行法》，台北：新保成出版事业有限公司2007年版，第3页。

⑤ 徐锦锋：《观护制度之现状检讨与展望》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》（增订四版），台北：五南图书出版公司2005版，第388—389页。

利用是否处罚的批复》中,指出"未满十二岁者的行为不予处罚。未满十四岁者犯一般情节轻微的罪,可不予处罚,但应交其亲属、监护人或者所属机关团体,予以管理教育"。稍后政务院通过《劳动改造条例》指出"对少年犯应当设置少年犯管教所进行教育改造"。1955 年 5 月 10 日,最高人民法院在《关于少年犯罪应如何处理的批复》中,认为"屡犯放火烧山及盗窃的十四周岁以上而未满十八周岁的少年犯是应负刑事责任的,但可按其犯罪情节及年龄从轻或减轻处罚。其中亦有很轻微的偷窃案件可不予处罚而交其家长或教育机构管教"。这些通常被认为我国未成年人收容教养制度之首开。1956 年 2 月 27 日,最高人民检察院、最高人民法院、内务部、司法部与公安部联合颁布《对少年犯收押界限、逮捕手续和清理等问题的联合通知》指出,"刑期已满的少年犯,应当按时履行释放手续,对无家无业又未满十八周岁的应介绍到社会救济机关予以收容教养"。需要说明的是,这里提到的无论是"所属机关团体"还是"社会救济机构"无疑均系民政机关或社会福利机构,而不是司法机关。

1957 年起,依据中共北京市委的指示,北京市公安局对少年儿童违法犯罪的人不予逮捕判刑,而采取收容教养予以改造。之后,天津、湖北等地也先后进行试点。因效果显著,这些做法被最高人民法院、最高人民检察院与公安部认可。在 1957 年 8 月 3 日公布的《国务院关于劳动教养问题的决定》指出,劳动教养的目的在于"把游手好闲、违反法纪、不务正业的有劳动力的人,改造成为自食其力的新人"。最高人民法院、最高人民检察院与公安部于 1960 年 4 月 12 日发布《关于对少年儿童一般犯罪不予逮捕判刑的联合通知》,要求在全国推广。通知要求"今后少年儿童除犯罪情节严重的反革命犯、凶杀、放火犯和重大的惯窃犯及有些年龄较大,犯有强奸幼女罪,情节严重,民愤很大的应予判刑外,对一般少年儿童违法犯罪的人,不予逮捕判刑,采取收容教养的办法进行改造。教养改造的期限,一般不作规定,但应当根据他们在改造过程中的好坏表现,确定解除教养或继续进行教养"。1960 年 4 月,《第五次全国劳改工作会议纪要》又进一步提出"对少年犯一般不判刑,采用劳动教养的办法,改造好了就放,不定期限"。

但"收容教养"这一用语一直到 1979 年《刑法》出台时方才正式出现。尽管如此,法律对此并无明确定义。该法规定,因不满十六岁不处罚的,责

令其家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可由政府收容教养。1981年6月,《京、津、沪、穗、汉五大城市治安座谈会纪要》要求,“对于有轻微犯罪行为、屡教不改,家庭、社会管不了,而又不够逮捕判刑的少数青少年,年龄小的送工读学校,年龄大的送劳动教养”。1997年《刑法》第17条第4款规定,因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教,在必要的时候,也可以由政府收容教养,不过尚未规定需收容教养未成年人的年龄下限。《未成年人保护法》第39条也规定,“已满十四周岁的未成年人犯罪,因不满十六岁不予刑事处罚的,责令其家长或者其他监护人加以管教,必要时,也可以由政府收容教养”。

3. *未成年人矫正学校——以我国工读学校为例*

工读学校最早源于苏联卫国战争期间,教育家安东·马卡连柯(Anton Makarenko,1888—1939)组建的带有收容性质的“高尔基工学团”成为收容战争孤儿的场所。我国工读学校诞生于20世纪50年代,是专门针对一些有犯罪与偏差行为、年龄在十二至十七周岁的未成年人开设的学校。自1955年第一家工读学校成立于北京市海淀区以来,工读学校先后经历了两个发展阶段。第一个阶段是通过半工半读形式将有轻微犯罪与偏差行为的未成年人收录其中,使其成为“自食其力的社会主义劳动者”。目前则演变为义务教育的补充部分,在实施义务教育的基础上,对厌学和行为偏差的“问题学生”进行思想教育、劳动技能和职业技能教育,特别是加强法制教育,有针对性地开展矫正工作。

国家还没有关于工读学校的专门立法,仅在未成年人保护法、预防未成年人犯罪法中对工读学校的有关问题作了原则性规定。目前工读学校面临举步维艰、无以为继的尴尬境地。从曾经的180所锐减为目前的83所,四川全省仅存一所工读学校。① 从20世纪90年代起,不少的工读学校开始更名,前面提及的海淀区工读学校现已更名为海淀区寄读学校,广州称“新穗学校”。更有甚者,一些工读学校甚至改换门庭,甚至不再招收工读学生了。进入21世纪以来,工读学校的生存与发展更是日益艰难。

---

① 周俏春:《关注未成年人:什么样的孩子送工读学校?》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/newscenter/2004-05/26/content_1491207.htm,2004年5月26日。

各地有识之士纷纷提出工读学校的新设想,并努力付诸实现。如湖南邵阳工读学校成立于2005年11月,为社会投资新建的特殊教育学校。与以往公办工读学校不同,邵阳工读学校面向全国招生,对象为十至十七周存在心理偏差或有严重不良行为的未成年学生,及家庭教育困难、不宜在原校学习或已辍学的未成年人。该校"实行军事化寄宿制全封闭管理,二十四小时专职教师跟班教育,教管与学员同吃、同住、同睡,二十人制小班教学。强调道德法制教育、心理矫治教育,另结合学生的个别情况,提供特色教学,包括:网瘾治疗、行为矫正、潜能开发、心理调适、兴趣特长等,同时依据学生的实际情况及学习特性,予以调试,以利于日后进行融合化就读时与普通学校的课程衔接"。①

工读学校所针对的收容对象均为存在一定社会危险性的未成年人,带有较强的保安处分色彩。《未成年人保护法》第25条规定,"对于在学校接受教育的有严重不良行为的未成年学生,学校和父母或者其他监护人应当互相配合加以管教;无力管教或者管教无效的,可以按照有关规定将其送专门学校继续接受教育"。《预防未成年人犯罪法》第35条也规定,对有本法规定严重不良行为的未成年人,其父母或者其他监护人和学校应当相互配合,采取措施严加管教,也可以送工读学校进行矫治和接受教育。以海淀区寄读学校为例,据说20世纪90年代初期进出工读学校的未成年人大多涉及暴力犯罪,而现在不少未成年人则是因网瘾、烟瘾及旷课等被送进来的。②

关于工读学校入学,应由未成年人的父母或其他监护人、原所在学校向当地工读学校提出申请,经教育行政部门批准。《预防未成年人犯罪法》第35条规定,对未成年人送工读学校进行矫正和接受教育,应当由其父母或者其他监护人,或者原所在学校提出申请,经教育行政部门批准。《广东省预防未成年人犯罪条例》对此有比较详尽的规定,其第32条规定,"未成年人有严重不良行为的,由所在学校、其父母或者其他监护人申请,经教育行政部门批准,送工读学校学习,接受矫治。未成年人有不良行为,在学校不

① 《邵阳工读学校概况》,载 http://www.sygdxx.cn/html/about/,2007年5月20日。

② 郑褚:《工读学校兴衰尴尬》,载《中国新闻周刊》2006年第3期,第38页。

能继续学习，其父母或者其他监护人缺乏管教能力的，其父母或者其他监护人提出申请，经教育行政部门批准，可以进入工读学校学习”。条例第33条对工读学校教学内容作了进一步的详细规定，除按照义务教育法的要求，在课程设置上与普通学校相同外，工读学校“还应当针对未成年人的心理特点和严重不良行为产生的原因，加强法制教育，开展矫治工作，并进行适当的职业技术培训”。

我国台湾地区所设立的“中途学校”，在收容对象、矫正手段与方式等方面颇似大陆地区的工读学校。其《儿童及少年性交易防治条例》第14条规定，“中途学校学生之学籍应分散设于普通学校，毕业证书应由该普通学校发给”。

二、未成年人机构矫正概说

（一）未成年人机构处分概述

1. 未成年人机构处分概念与目标

未成年人机构处分的具体含义有广义与狭义之分，从狭义来说仅指对被法院依法判决需羁押少年予以收监关押的处分措施，既包括带有刑事惩罚意义的机构处分，也包括非刑事处罚的机构处分（如对未成年精神病人的保安处分）。而从广义上来说，未成年人机构处分还包括对问题少年的审前羁押和预防性拘留。在国外少年司法著作中，机构处分多采广义之说。以美国为例，1880年全美共有1万余名未成年人被羁押于各类监所，平均年龄为十三岁；而到了1997年，这一数字飙升至10万7千人，其中尚有1万5千人被羁押于成人监所之中。[①] 为避免术语混杂，本书作者主张以“机构矫正”一词专指狭义上的未成年人机构处分。[②]

2. 未成年人机构处分分类

未成年人机构矫正又称拘禁化安置（custodial disposition），可分为设防

---

① Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education. p. 405.

② 《北京规则》中译本将“institutional treatment”译为“监禁待遇”，严格意义上是不严谨的，应译为“机构性处分”。

机构矫正(secure custody)与非设防机构矫正(non-secure custody)。前者主要包括未成年犯管教所与监狱(prison),而后者则包括工艺劳作学校(industrial school)、习艺所(training school)、新兵训练营(boot camp)、保护中心等少年福利或教养机构。此外,未成年人机构处分按照时间长短又可分为短期机构处分及长期机构处分,前者包括拘留中心、诊断中心(reception and diagnostic center)、庇护所(shelter)及看守所(jail);后者则涵盖牧场(ranch)、林务营(forestry camp)及农场(farm)。①

(二)未成年人机构矫正覆盖范围

《利雅得准则》第46条规定了适用机构处分的若干情形,包括:未成年人受到父母或监护人的伤害;未成年人受到了父母或监护人的性侵犯或身体上、精神上的虐待;未成年人受到了父母或监护人照管不良和剥削;未成年人因父母或监护人的行为而遭到身体或道德方面的危险;未成年人的行为表现对其有严重的身心危险,如不采取机构化办法,其父母、监护人或孩子本身,或任何社区服务,均无法应付此种危险。②

未成年人矫正机构(*juvenile correctional institution*)涵盖范围较为宽广,从小规模、短期非设防监所(non-secure facility)到长期设防监所(secure facility)。在美国,寄养家庭为前者一例,警方会将已被拘捕但无家可归的问题少年暂时安置于寄养家庭之中。法院也可在裁判听证前后裁定将问题少年暂时寄养于这些家庭。除了寄养家庭外,保护中心、集体之家(group home)或中途之家也属于非设防监所的范畴。其中,保护中心主要是安置身份过错犯,目的并不在于处分或刑罚少年。相比寄养家庭,集体之家规模较大,设置在社区之内,通常安置十至十七岁的少年。大一些的集体之家可容纳8至12名少年,而小一些的集体之家仅可容纳4至8名少年。居住在集体之家的少年仍可定时入学上课或者工作,也可参加娱乐活动。集体之

---

① Lotz, Roy. (2005). Youth Crime in America: A Modern Synthesis. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 306.

② 同前注,本条第4款中"机构化处分"亦被中译本误译为"安置教养"。此外,中译本中"孩子"实为原英本文"child or young person",即"孩童与年轻人",考虑该准则专为预防未成年人(juvenile)所立,实则指代"未成年人",为避免歧义,故应译为后者为宜。

家目的在于为问题少年创造一个与社区重新紧密联系的纽带，帮助其尽早重返社区。

拘留所(detention center)与习艺所则属于设防监所(secure facility)，特别后者是对问题少年进行机构处分的主要场所与机构。在美国，拘留所系指主要由郡县级运作的短期羁押少年的设防机构。拘留所通常可在四类情形下对有关少年实施羁押：首先，等候安置听证的少年可被羁押，此时拘留所被视为审前拘留所；其次，特定场合下，拘留所也可在少年被安置后等待移转至州一级监所期间充作后安置移送机构(post-adjudication facility)；再次，少年拘留所最近常被用作青少年安置(adjudicated youth)的设防后安置移送机构(secure post-adjudication facility)；最后，少年拘留所还可被用来作为对那些违反假释规定或在假释期间重新犯罪的假释少年的临时羁押场所。[①]

除了马萨诸塞州，美国各州均设有规模迥异的习艺所，以安置不同少年。习艺所被认为是未成年人矫正体系中最后一块乐土，[②]安置那些有重度危险、前科累累或者已穷尽其他安置措施的问题少年。从性质上说，少年司法中出现的习艺所类似于成人监狱，主要拘禁那些法官认为不适宜缓刑或其他轻微处罚安置的问题少年。外表上来看，许多少年习艺所与成人监狱并无二异：都是高墙耸立、监室上锁及自给自足。[③] 此外，有些习艺所远离都市尘嚣，居所破落不堪，各方面基础设施远不完备。

此外，一些国家还用民营化教育感化机构来羁押问题少年与身份过错犯。近年来，民营化机构不仅占据了未成年人处分机构的较大份额，而且是持续增长的新兴产业。民营化机构有这样几种运作模式，即“矫正产业模式”(correctional industries model)、“雇主模式”(employer model)、“客户模式”(customer model)与“灵活模式”(flexible model)。其中，所谓“矫正产业

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.346.

② Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.504.

③ Whitehead, John, Joycelyn Pollock and Michael Brawell. (2003). Corrections: Exploring Corrections in America. Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p.354.

模式"即民营公司在监狱内建立生产车间,政府按照向其提供服刑人的数量、劳动强度等收取费用的民营化模式。"雇主模式"则是公立监狱提供场所,但私营公司对相关所属产业拥有产权和经营权的民营化模式。"客户模式"是指民营公司与公立监狱达成价格协议,向后者提供成品服务的民营化模式。而"灵活模式"系指诸如"美利坚矫正公司"(Corrections Corporation of America,简称 CCA)等民营公司提供新兵训练营等非监禁成品化服务。1999 年 10 月的一项调查发现,有多达 31,599 名美国少年被关押在民营化拘留所。① 如同官方拘留所,这些民营化拘留所形式多样,从较大拘留所到集体之家,甚至还包括新兵训练营。许多私人拘留所最早由教会所创设,但逐渐演变成营利性机构,每年各州政府须为每一位问题少年的入住支付数千美元费用。② 这方面的争议从来没有止息过。持赞同观点的人主张民营化可有效减少运转经费;反对者却不以为然,认为民营化并不能解决未成年人矫正问题。对此,日本刑法学家冈田朝太郎 20 世纪初在京师法律学堂评述"有志者之私立"少年感化院时认为,公立国立感化院"经费多而成绩少,因国立公立办事之官吏不如志士之热心也。费不足,国家资补,尤妙"。③

(三)监狱化处分与少年监狱

1. 监狱化处分

现代意义上的监狱,其功能包括惩罚与教育两个主要方面。英国犯罪学家安东尼·波特姆斯(Anthony Bottoms)主张监狱具有六种特征,即监狱乃综合性机构、监狱乃惩罚性机构、监狱系内部组织、监狱根据其性质组织日常活动、监狱中有复杂的工作人员—犯人关系问题以及监狱有明确地理

---

① Whitehead, John, Joycelyn Pollock and Michael Brawell. (2003). Corrections: Exploring Corrections in America. Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p.358.

② Whitehead, John, Joycelyn Pollock and Michael Brawell. (2003). Corrections: Exploring Corrections in America. Cincinnati, OH: Anderson Publishing. p.358.

③ [日]冈田朝太郎、松冈义正、小河兹太郎、志田钾太郎口述,郑言笔述:《检察制度》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 28 页。

限制。[1] 依照我国刑法和刑事诉讼法的规定,被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯,在监狱内执行刑罚。无论监狱还是未成年犯管教所均系监禁性机构化处分。

2. 少年监狱的特征

问题少年进入各种类型的矫正机构后,即面对身临其中的各方面影响。[2] 他们不但需要尽快适应与高墙外明显不同的生活,还要努力适应监所副文化。因年龄尚轻,无论生理、心理还是社会经验,问题少年都无法与成年人相提并论,其承受的冲击与压力可想而知。而监所中经年累月形成的副文化、价值观及习惯都可能与问题少年原先在自由世界里的格格不入。然而问题少年别无选择,他们或被迅速同化,或对既定监所文化提出挑战并加以修改。很显然,问题少年几乎很难按照自己秉性随心所欲,而只能尽可能改变原有思维及行为方式,这就是通常所称的机构化(institutionization)。林茂荣与杨士隆总结出问题少年机构矫正可能出现的监狱化症状:行为上趋于依赖、被动;思想陷于停滞;人际关系缺乏信任感;对监狱内各项事务漠不关心;较高之暗示性;势利取向及不信任管教人员主张。[3]

《公民权利和政治权利国际公约》第 10 条约定,“少年罪犯应与成年人隔离开,并应给予适合其年龄及法律地位的待遇”。《国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议》第 13 条建议,“对未成年人的监禁必须在不同于成人的场所执行,必须尽可能采取正式审判和徒刑以外替代型措施”。《囚犯待遇最低限度标准规则》第 8 条要求,不同种类的囚犯应按照性别、年

---

① 转引自吴宗宪:《当代西方监狱学》,北京:法律出版社 2005 年版,第 29—31 页。

② 《北京规则》提出了机构处分的六项目标,即:一是被监禁少年的培训和待遇的目标是提供照管、保护、教育和职业技能,以便帮助他们在社会上起到建设性和生产性的作用。二是被监禁少年应获得由于其年龄、性别和个性并且为其健康成长所需要的社会、教育、职业、心理、医疗和身体的照顾、保护和一切必要的援助。三是应将被监禁的少年与成年人分开,应将他们关押在分别的一个监所或关押在成年人的监所的一个单独部分。四是对被监禁的少女罪犯个人的需要和问题,应加以特别的关心。她们应得到的照管、保护、援助、待遇和培训绝不低于少男罪犯。应确保她们获得公正的待遇。五是为了被监禁少年犯的利益和福祉,父母或监护人应有权探望他们。六是应鼓励各部会和部门之间的合作,给被监禁的少年提供适当的知识或在适当时提供职业培训,以便确保他们离开监禁机关时不致成为没有知识的人。《北京规则》还特别要求,任何设施均应是教养或感化性的,而不是监禁性的。

③ 林茂荣、杨士隆:《少年犯罪矫正之挑战与未来发展趋势》,载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》,台北:五南图书出版公司 2005 年版,第 369 页。

龄、犯罪记录、被拘留的法定原因和必须施以的待遇,分别送入不同的狱所或监所的不同部分。据此要求,“青少年囚犯应同成年囚犯隔离”,这也为未成年人专门管教机构的推广提供了法律依据。同时该规则冠以“最低限度标准”,也意味着各国并无理由对此搪塞、推托,否则有藐视国际惯例之嫌。值得一提的是,《香港人权法案条例》对少年与成年人分开收押惯例反其道而行之。该条例第 10 条规定,“凡在任何时候缺乏适当的监狱设施,或凡成年人与少年混合拘禁互相有利,则人权法案并不要求被拘禁的少年与成年人分开收押”。显然,这是与国际惯例有冲突的。

3. 未成年人机构矫正发展简史

北美未成年人机构矫正始于 18 世纪中叶。卡门等人将美国未成年人机构矫正的历史大致分为四个阶段,即早期少年机构:济贫院和孤儿院(early seeds of juvenile institutions: almshouses and orphanages);第一家少年机构:庇护所(first juvenile institutions: houses of refuge);感化院感化院、习艺所和村舍系统(reformatories, training schools, and cottage system)与少年惩教机构(juvenile correctional facilities)。[①] 其中,第一阶段起始时间为 17 世纪至 1820 年代,第二阶段为 1825 年至 1850 年代,第三阶段为 1846 年至 1980 年代,而第四阶段自 1980 年代至今。1824 年纽约首家庇护所的成立标志着美国未成年人机构矫正的开端。有关美国早期未成年人矫正的发展概况已在第一章论述,这里不再赘述。

宾夕法尼亚制与奥本制对美国犯罪矫正现代化起了不可替代的重要作用。宾夕法尼亚制(Pennsylvania System),系指通过单独监禁以鼓励罪犯忏悔、促成其悔改的刑罚方法。其所依据的原则是单独监禁(solitary confinement)、促进忏悔(fosters penitence)及鼓励改造(encourages reformation)。奥本制(Auburn System)又称“纽约制”(New York System),系指规定服刑人白天劳动,晚上单独监禁的一种处刑方法。与宾夕法尼亚制相比,奥本制也为罪犯提供单独监禁的牢房,但仅作为晚上休息之用,而不是像前者那样 24 小时监禁罪犯。1876 年,清人李圭在参观费城“宾州监

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 335 - 342.

狱”及纽约“艾尔米拉教养院”后,对宾夕法尼亚制与奥本制不无感慨道,“第一务取洁净;第二饮食调匀;第三作息有序;第四可习技艺;第五则其总管、司事,一切体贴人情,处若父兄之于子弟。故凡游览其中者,非特不觉其为监狱,即犯人监禁日久,亦忘其身在监狱也”。①

在我国,历史上最早的监狱出现于夏朝。据《周礼》记载,“以圜土聚教罢民,凡害人者,寘之圜土而施职事焉,以明刑耻之,其能改者,反于中国,不齿三年。其不能改而出圜土者杀”②。所谓“圜土”,郑玄注“圜土,狱城也”,为监狱的雏形。“圜土”一词得名于形象,据《广韵》彭氏注云:“皋陶作狱,其制为圜,象斗,墙曰圜墙,扉曰圜扉,名曰圜土”,亦即于地下挖掘圆形土牢,或于地上围起圆形土墙,以泥土形成圆形禁锢以监禁罪犯,防止其逃跑。就是说,用“圜土”这种类似监狱的监禁场所对“罢民”进行“聚教”,而“罢民”则系指未达到处以五刑程度的相对较轻的犯罪人。对“害人者”等作奸犯科者,“大司寇”可将其囚入“圜土”之中“施职事”。所谓“施职事”,郑玄注“施职事,以所能使役者”,即罚其所能,根据“害人者”技能罚其苦役。而“明刑”,据郑玄注曰“书罪其恶于大方版,著其背”,即犯罪人背负书有其罪行的木板,公布于众。对于其中确有悔意并有悔改表现的,可酌情“反于中国”,即“谓舍之还于故乡里也”,③将其释放回家,但“不齿三年”,即“不得以年次列于平民”。④ 亦即,对确有弃恶从善的囚犯,可具结释放,并参照“上罪三年而舍,中罪二年而舍,下罪一年而舍”⑤的原则设定一至三年考察期,以观后效,其间不得享有“平民”权。若在“圜土”中不思悔改且又擅自逃离的,则可绞杀。这便是我国最早的刑罚性机构处分,即监狱。

东汉许慎在其所著《说文解字》中将“狱”注解为:“狱之言,确也,取其坚牢之意;狱字从二犬,取守备之意;从言,言者讼也。”⑥1910 年,在法律馆狱务顾问小河滋次郎主持操办下,清政府出台《大清监狱律草案》。这部几

① 转引自郭明:《中国监狱史纲》,北京:中国方正出版社 2005 年版,第 67 页。
② 《周礼·秋官·司寇》。
③ 《周礼·注疏》。
④ 《周礼·注疏》。
⑤ 《司圜职》。
⑥ (东汉)许慎:《说文解字》。

乎全文抄袭自1908年日本《监狱法》的草案，因辛亥革命、清帝逊位而未能颁行。在监狱改良方面，北洋政府颁行《监狱规则》明令设立幼年监。而1924年京师感化学校的设立及通令各省监幼年犯需送京受感化教育，被视为我国感化教育实施之始。①

4. 未成年犯管教所

未成年犯管教所原称少年犯管教所，是对已满十四周岁未满十八周岁的问题少年进行教育、挽救、改造的场所。未成年犯管教所从性质上说是国家的刑罚执行机关，为监狱的特殊存在形式。1965年《公安部、教育部关于加强少年管教所工作的意见》指出，“少管所是对犯罪少年实现强制教育改造的场所”。只是收押人员系问题少年，监所程序与成人监狱有所不同。与普通监狱不同的是，未成年犯管教所在经费、管教人员配备上具有不同特点。《未成年犯管教所管理规定》第7条规定，“未成年犯管教所所需经费由国家保障，未成年犯的教育改造费、生活费应高于成年犯”。第10条规定，“未成年犯管教所和管区的人民警察配备比例应当分别高于成年犯监狱和监区”。

就收押对象而言，最高人民检察院、最高人民法院、内务部、司法部与公安部于1956年2月27日联合颁布《对少年犯收押界限、逮捕手续和清理等问题的联合通知》。通知指出，少年犯管教所收押的少年犯年龄介于十三至十八周岁。依该通知，“凡没有判决书的，如果根据上述前中央法制委员会批复中南军政委员会的精神，其犯罪程度应负刑事责任的，则应当提请法院作出判决，以便执行。如其犯罪程度尚不够负刑事责任的，则应对有家庭监护的应即释放，交其家庭管理教育，对无家可归的，则应由民政部门负责收容教养。有的过去虽有判决，但判为长期改造或教育改造，没有固定刑期，这样亦不妥当，应当依据原来犯的罪行和在少年犯管教所的表现，改判为有期徒刑”。按照公安部1982年颁布的《关于少年犯管教所收押、收容的范围的通知》，少年犯管教所收押和收容两种人：一是由人民法院依法判处有期徒刑、无期徒刑和判处死刑缓期二年执行的十四至十八岁未成年人；

① 鲁兰：《中日矫正理念与实务比较研究》，北京：北京大学出版社2005年版，第20—21页。

二是1979年《刑法》第17条规定的由政府收押的犯罪少年。据我国1997年《刑法》第14条的规定，由政府收容教养的犯罪少年可送未成年犯管教所予以关押。问题少年已满十八周岁、余刑在2年以上的，应转送监狱、劳改队关押改造。司法部发出《关于将政府收容教养的犯罪少年移至劳动教养场所收容教养的通知》，明确将政府收容教养的犯罪少年移至劳动教养场所收容教养。

作为规范劳动改造的法律文件，1954年《劳动改造条例》即规定有"对少年犯应当设置少年犯管教所进行教育改造"的内容。条例第21条规定，少年犯管教所管教十三至十八岁少年犯。第22条规定，"少年犯管教所，应当对少年犯着重进行政治教育、新道德教育和基本的文化与生产技术教育，并且在照顾他们生理发育的情况下，使他们从事轻微劳动"。依据问题少年的特点，"在照顾他们生长发育的情况下，让他们从事轻微的劳动，采取诱导、关怀、鼓励、感化的方法，进行适合问题少年心理和生理特点的德、智、体、美的全面教育，以促进思想转化，为其将来升学、就业创造条件，早日改造成为有利于社会的新人"。1994年12月29日，我国颁行了《监狱法》。其中第39条规定，"监狱对成年男犯、女犯和未成年犯实行分开关押和管理，对未成年犯和女犯的改造，应当照顾其生理、心理特点"。第74条规定，"对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚"。第75条明文规定，"对未成年犯执行刑罚应当以教育改造为主。未成年犯的劳动，应当符合未成年人的特点，以学习文化和生产技能为主。监狱应当配合国家、社会、学校等教育机构，为未成年犯接受义务教育提供必要的条件"。

（四）未成年人机构矫正面临的挑战

依据林茂荣与杨士隆的研究发现，未成年人犯罪矫正因监禁本身存有诸多先天不足而面临许多挑战，包括：机构化烙印标签不易剔除、监狱化负面影响、不良友伴恶习传染影响及少年犯人格、价值观与行为不易改变等等。① 这些问题也不同程度地存在于未成年犯管教所之中。林健阳提出机

---

① 林茂荣、杨士隆：《少年犯罪矫正之挑战与未来发展趋势》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》，台北：五南图书出版公司2005年版，第368—370页。

构性犯罪矫正的五大趋势，即选择性监禁有其必要性、假释有继续存在必要、机构性（监狱）各项矫治处分工作逐渐采取自愿参与方式、矫治处分技术多元化及实施分区性管理制度，提高矫治处分效果。① 这些问题在各国及地区未成年人机构矫正不同程度存在着。

三、未成年人社区矫正概说

（一）未成年人机构矫正的弊端

对未成年人实行机构矫正而带来的负面标签效应，促使各国检讨少年司法与刑事司法政策之利弊得失。如同犯罪饱和理论，机构矫正实际也存在"监所饱和"：一定数量的监所总是与相对固定的服刑人数量基本相同。若比例过高，则人满为患，不但矫正效果极其有限，还可能诱发新犯罪。而若比例过低，则监所设施利用率偏低，监管人员可能人浮于事。从目前各国监狱矫正实际来看，第二种情形仍显罕见，而第一种情形，即监狱床位与服刑人数之间的矛盾比较突出。据介绍，目前我国每监禁一名服刑人的年平均费用可能要超过 1 万元人民币，而这不过是监狱运作的费用，如把建造监狱的资金也算在内，这个数字要超过 1.4 万元人民币。各级政府用于监狱的经费也逐年大幅度增加，2002 年全国监狱执法经费支出达 144 亿元。② 除经费紧张外，拘禁还可能出现家庭破裂、小孩失学失教、老人失养等社会问题，而标签化也会导致刑满释放人员难以重新融入社会，继而再犯率高。

《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》第 2.7 条要求，"采用非拘禁措施应成为向非刑罚化和非刑罪化方向努力的一部分，而不得干预或延误为此目的进行的努力"。《刑事司法系统中儿童问题行动指南》第 14 条要求，"为防止进一步过分依靠刑事司法措施来解决儿童行为问题，应努力建立和实行旨在加强社会援助的方案，这将可以酌情使儿童接受教改而避开

---

① 林健阳：《机构性犯罪矫正的趋势》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》，台北：五南图书出版公司 2005 增订四版，第 323—327 页。

② 吴晓丽：《社区矫正：犯罪矫正的未来走向》，载《法制早报》2005 年 10 月 3 日。

司法系统,及更好地实行非拘禁措施和重返社会方案”。而为建立和实行这类方案,需要促进少年司法部门、不同执法机构、社会福利和教育部门之间的密切合作。《北京规则》第19.1条约定,“把少年投入监禁机关始终应是万不得已的处理办法,其期限应是尽可能最短的必要时间”,这是从两个方面对监禁加以限制:从程度上(“万不得已的办法”)和从时间上(“最短的必要时间”)。《利雅得准则》第6条亦指出,“在防止未成年人犯罪活动中,应发展以社区为基础的服务和方案。正规的社会管制机构只应作为最后的手段来利用”。《联合国保护被剥夺自由少年规则》要求“监禁办法只应作为最后手段加以采用”,即监禁只能是万不得已的下下之策,主要是针对犯有恶性犯罪或屡教不改的问题少年。

(二)未成年人社区矫正的概念与特征

1. 未成年人社区矫正理念

社区处分由来已久,受19世纪末兴起的犯罪实证学派所倡导的医疗与矫正模式影响,犯罪矫正实务界逐渐主张对不同犯罪人实行个别处分,以不定期刑和假释来敦促其努力改过自新、弃恶从善。而肖与马凯在其芝加哥同心圆研究及后来芝加哥区域计划中提出社区对于未成年人犯罪有不可忽视的作用,因而通过社区干预可有效减少未成年人犯罪与偏差。这些社区计划包括减贫、家庭重组、戒毒等项目。

就其理论基础而言,标签理论、差别接触理论及紧张犯罪等理论观点对于社区处分的发展提供了强而有力的理论支持。在综合国内外犯罪学家的有关观点后,李自强总结道,“标签效应的负面影响促使未成年人犯罪处分尽量减少司法体系的介入,而积极且大量地改采具开放性质且蕴涵社会福利特征的社区处分方式来处理;因为考虑到少年成长背景的殊异性,开始重视个别化的处分策略,并据此针对少年的不同特性施以不同的处分内容;除了犯行严重或累犯者外,司法系统对犯罪青少年改采保护优先原则,以避免他们因为身心发展未臻成熟,又经过机构处分而学习到更严重的偏差行为;面对处于劣势地位青少年,紧张理论认为除应宽容正视外,并应借教育与各种训练等多样的机会之供给,以彻底改变青少年认知观念与提升其社会地位;未成年人犯罪处分朝向社区处分途径的转变,促成司法体系与社会福利

体系等跨系统间的紧密合作”。①

2. 未成年人社区矫正的概念与特征

犯罪矫正由机构处分转化为社区处分，是刑罚思想演变的结果，已渐成为各国所采行的有效的犯罪处分方式。② 其对少年处罚不实行任何形式的禁闭，而仅将他们放在社区内一种正常的生活环境下。问题少年被处以社区服务劳动的同时，可以“照常与同学们快活地学习、生活，而没有那种被关在监狱里的自卑感，同时培养了社会责任感，从而使他们恢复正常人格，回归社会”；社区处分具有“利用所有当事方参与寻找促进补救、和解和令人感到放心的解决办法”，③可以实现确保少年“负起责任、推动受害者恢复和使刑事司法系统和整个社区均能受益的多重目标的潜能”。在司法资源相对有限、机构矫正效果不彰的情况下，减少司法体系介入，而积极且大量地改采具开放性质且蕴涵社会福利特征的社区处分，使问题少年免受囹圄之苦。国外诸多研究已表明，社区矫正具有良好理论基础，对于减少再犯及在满足服刑人需求上有卓越贡献；较为低廉的成本可减少机构性处分监狱化的负面效果，并且可能在疏减在押犯拥挤上裨益多多。④

2003 年 7 月 10 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在《关于开展社区矫正试点工作的通知》中指出，社区矫正是“积极利用各种社会资源、整合社会各方面力量，对罪行较轻、主观恶性较小、社会危害性不大的罪犯或者经过监管改造、确有悔改表现、不致再危害社会的罪犯在社区中进行有针对性管理、教育和改造的工作”。2004 年 5 月 9 日，司法部印发《司法行政机关社区矫正暂行办法》，该暂行办法第 2 条将社区矫正定义为，“社区矫正是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区内，由专门的国家机关在相关社会团体和民间组织及社会义工的协助下，矫正其犯罪心理和

① 李自强：《触法少年安置辅导处遇之现况与检讨》，载（中国台湾）http://www.pbaroc.org.tw/html/link8-6-3.htm，2008 年 10 月 29 日。

② 邓湟发：《社区处分之探讨》，载（中国台湾）《警学丛刊》1999 年第 3 期。

③ 联合国预防犯罪和刑事司法委员会：《刑事司法制度的改革：实现效能和公正》，2002 年。

④ 林茂荣、杨士隆：《监狱学——犯罪矫正原理与实务》（第二版），台北：五南图书出版公司 1999 年版，第 223 页。

行为恶习，促进其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动”。而在2004年4月20日颁行的《浙江省社区矫正试点工作意见》中，基本上采纳上述定义，并从我国现行劳动与思想改造的实际出发，增加了“通过思想改造和劳动改造”的字样。2005年1月20日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发出《关于扩大社区矫正试点范围的通知》，又进一步将社区矫正工作定义为“将罪犯放在社区内，遵循社会管理规律，运用社会工作方法，整合社会资源和力量对罪犯进行教育改造，使其尽快融入社会，从而降低重新犯罪率，促进社会长期稳定与和谐发展的一种非监禁刑罚执行活动”。本书作者认为，所谓社区处分（community-based treatment）又称社区矫正（community corrections），系指任何能够降低使用机构矫正以减少机构监禁时间、缩短服刑人与正常社会距离的矫正措施的总称。社区处分提供住宿、就业辅导、学业辅导、职业训练、休闲活动、生涯规划、心理辅导等，因而社区矫正又常被形象地称为“回家服刑”。

3. 社区矫正的发展

尽管“社区矫正”这一术语被正式介绍到学界还是最近若干年的事情，但我国司法实务中已不乏相关实践。除了刑法所规定的缓刑外，管制与假释也属于社区矫正范畴。管制作为我国独创的刑罚制度，它对经由法院判决的罪犯不予关押，但限制其一定自由，在公安机关管束和人民群众监督下进行劳动改造，也可以说是社区矫正的一种实践。① 此外，社区矫正还包括符合《监狱法》规定的保外就医及其他监外执行手段。②

除了上述传统社区矫正外，近年来随着西方矫正思想的不断传入，不少省市尝试西方社区矫正本土化构建。2003年7月，我国首先确定北京、天津、上海、江苏、浙江和山东等省（市）为进行社区矫正工作的试点省（市）。

---

① 作为刑法典所规定的刑罚措施，管制与拘役在司法实践之适用远不如有期徒刑更为常见，加之监管中存在的问题，其实际作用往往打了很大折扣，名存实亡。2011年2月25日通过的《刑法修正案（八）》明确规定，“对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正”，且规定，“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人”。这些为进一步提高管制的实用性和操作性提供了一定的保障。

② 司法部社区矫正制度研究课题组：《改革和完善我国社区矫正制度之研究》（上），载《中国司法》2003年第5期，第4页。

2009年起,我国全面试行社区矫正工作并逐步探索检察机关对社区矫正的法律监督,57%的乡镇(街道)已开展社区矫正工作,北京等11个省区市已经实现辖区全覆盖。截至2010年底,全国已累计接受社区服刑人员55.9万人,现有社区服刑人26.4万人,社区服刑人员矫正期间再犯罪率为0.21%。[①] 2010年12月9日,司法部社区矫正管理正式成立,是我国社区矫正发展的重要标志之一。

美国有学者认为,未来犯罪矫正措施将向电子监控(electronic surveillance)、社会生物学(sociobiology)及私有化(privatization)发展。[②] 蔡德辉、邓煌发将社区矫正未来发展趋势总结为五点,即在避免并减少行政特权滥用,确保更人道化处分及兼顾案主基本权利、尊严及无辜第三者隐私三项原则考虑下,明确指定社区处分操作准则;运用社区资源协助案主策略应予充分发展,对案主特殊需求,应以科学、实证方法加以认定、查证;社区处分应实现"地方化",使其具"社区导向",并以督促社区与犯罪矫正方案充分配合;为促使社区矫正处分的责任分担,政府对于执行矫正处分的民营机构应适当且适时地介入或监督;应充分发展犯罪人鉴定量表,以避免其负面社会网络扩展。[③]

(三)未成年人社区矫正的适用

1. 未成年人社区矫正的适用对象

据《司法行政机关社区矫正工作暂行办法》第5条规定,社区矫正的适用范围主要包括下列五种罪犯:被判处管制的;被宣告缓刑的;被暂予监外执行的,具体包括有严重疾病需要保外就医的,怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女,生活不能自理,适用暂予监外执行不致危害社会的;被裁定假释的及被剥夺政治权利,并在社会上服刑的。这些均系法院依法判决并确认生

---

① 崔清新:《我国社区服刑人员矫正期间再犯罪率为0.21%》,载网易网,http://news.163.com/10/1221/00/6OCUQM5U00014JB5.html,2010年12月21日。

② 蔡德辉、邓煌发:《社区犯罪矫正处遇之发展与未来趋势》,载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》(增订四版),台北:五南图书出版公司2005年版,第355页。

③ 参阅蔡德辉、邓煌发:《社区犯罪矫正处遇之发展与未来趋势》,载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正问题与对策》(增订四版),台北:五南图书出版公司2005年版,第355—356页。

效后的已决犯罪。在符合上述条件的情况下,对于罪行轻微、主观恶性不大的问题少年、老病残犯,及罪行较轻的初犯、过失犯等,应当作为重点对象,适用上述非监禁措施,实施社区矫正。

2. 未成年人社区矫正的监督与决定机构

对于上述五种罪犯的社区监督,上述暂行办法尚未规定详细规则。不过,在上海、江苏、广东等社区矫正试点进展比较顺利的省市,已先后制定有地方法规进行约束。这其中尤以《上海市社区服刑人员分类矫正暂行规定》特点鲜明。该规定逐一对不同社区服刑人的矫正纪律作出规定,切实可行,具有较强的现实可操作性。以缓刑为例,第5条规定被宣告缓刑的社区服刑人员,在社区矫正期间应当遵守下列规定,"遵守法律、行政法规和社区矫正的有关规定,服从司法行政机关的监督管理;每月向司法所(科)书面报告自己的活动情况;遵守公安机关关于会客的规定;离开本市或者迁居,应当报告司法所(科),并经公安机关批准;离开居住地区(县)7日以上(含7日)的,应当报告司法所(科);每月接受个别教育不少于一次;每季度参加集中教育学习不少于一次;有劳动能力的,每周应参加公益劳动,每月不少于10小时"。《广东省预防未成年人犯罪条例》第38条明确规定,"被判处刑罚宣告缓刑、被判处管制、被批准暂予监外执行及被裁定假释的问题少年,应当依照有关规定接受社区矫正"。

(四)未成年人社区矫正的类型

按社区处分措施涉及未成年人矫正直接力度的大小区分,可将未成年人社区处分划为宏观社区处分与微观社区处分。前者包括前文提到的减贫、邻里守望相助(neighborhood watch)及社区警务等举措;后者则包括电子监控、每日罚款(day fine program)、中途之家(halfway house)、监外作业(work release)、返家探视(prison furlough)、宵禁、调解与恢复性司法等传统意义上的社区矫正。针对问题少年所实施的社区处分各主要类型中,依是否提供住宿可分为非居住式(nonresidential)及居住式(residential)两大类。依社区处分决定是否在刑罚执行前后,社区处分分为"刑罚执行前的社区处分"与"刑罚执行后的社区处分"两种。

依对服刑人控制的严松程度,社区矫正可分为由传统缓刑部门职掌的

监督方案(supervision program)、替代监禁并具有处分取向的居留方案(residential program)与由传统矫正部门所督导指挥以协助服刑人早日重返社会的释放方案(release program)。[①] 其中,监督方案主要包括社区服务、罚金与震撼缓刑(shock probation),释放方案则包括监外就业、返家探视、中途之家及与眷同住等。

在香港地区,社区处分相对比较简单,主要是采用社会服务令(community service order)形式。依1984年11月23日通过的《社会服务令条例》,凡十四周岁或以上的人被裁定犯了可判罚监禁的罪行,就该罪行判处该人的法庭可作出命令,规定该人在命令有效期内进行无薪工作,工作时在命令中指明,但不超过240小时。近些年,我国在借鉴与吸收海外社区处分的基础上,先后在河北、广东、新疆等省区建立社区服务令制度。广东省广州市在社会服务令方面走得更远,他们将签发对象进一步细化为三类:被处以暂缓判决、处于考察期的未成年被告人;被判处缓刑的少年犯;定罪免刑的未成年被告人。香港在社会福利署专设有社会服务令办事处,与之相比,大陆地区在机构设置与人员配置上还存在不少问题。

第二节 未成年人缓刑

我们的使命,在于为青少年及其家庭提早期干预、监督、治疗以及安全护理,以期青少年得以领会问责与责任心之所在,增进社区安详稳定。[②]

——美国亚利桑那州马瑞科帕郡未成年人缓刑处

① 林茂荣、杨士隆:《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版),台北:五南图书出版公司1999年版,第225页。

② Maricopa County. (2007). Juvenile Probation. Retrieved October 26, 2007, from http://www.superiorcourt.maricopa.gov/juvenileProb/index.asp.

一、未成年人缓刑概说

（一）缓刑之渊源及概念

"缓刑"一词在汉语中古即有之，早在《周礼》中即有"若邦凶荒，则以荒辩之法治之，令移民通财，纠守缓刑"[①]及"一曰散利，二曰薄征，三曰缓刑，四曰弛力，五曰舍禁，六曰去几，七曰眚礼，八曰杀哀，九曰蕃乐，十曰多昏，十有一曰索鬼神，十有二曰除盗贼"[②]等记载。这里"缓刑"为旨在灾荒之年"聚万民"的荒政措施之一，取宽缓刑罚之意，与后世含义大相径庭。

作为舶来品，汉语"缓刑"一词显系新药旧瓶，赋予该词更多的现代意义的语境来源于对英文"probation"的翻译。"probation"一词来自拉丁语"probatio"，本意是指有待证明、验证（proof），后引申为考验期。最初系指罗马天主教用来对请求入教信徒所设立的考验期，也被基督徒用作对候任神职人员的考验期，现在仍被用来表示新录用人员的试用期之意。[③] 该词又常被译为"感化"，日本称之为"保护观察"，我国台湾学者则译为"观护"或"保护管束"，有观察与保护之意。

关于缓刑概念，中外学者原则性分歧并不大。一般来说，缓刑系指依犯罪情节、社会危害程度与犯罪人悔改表现，由法院确定一定考验期，将犯罪人附条件释放，予以社会监督，暂缓刑罚执行，以求改过自新的非监禁性处分措施。若考验期内犯罪人恪守缓刑条件，原判刑罚便不再执行。若犯罪人违反附带条件，法院则撤销缓刑处分而将其置于监狱继续执行剩余刑期。简言之，缓刑旨在补救短期自由刑的弊端，以达到防卫社会的目的。

（二）未成年人缓刑的概念、特征与作用

1. 未成年人缓刑的概念及特征

按照适用对象年龄的不同，缓刑可简单区分为未成年人缓刑及成年缓

---

① 《周礼·秋官司寇》。

② 《周礼·地官司徒》。

③ 徐锦锋：《少年观护制度的现状检讨及其展望》，载杨士隆、林健阳主编《犯罪矫正：问题与对策（第二版）》，台北：五南图书出版公司1999版，第355页。

刑。《北京规则》要求,“应当尽可能通过缓期判刑、有条件的判刑、委员会裁决和其他处置办法实行缓刑”。关于未成年人缓刑的具体含义,中外法制及学者看法略有差异,这主要视其为量刑(sentence)、身份(status/class)、组织(organization)还是程序(procedure)等而有不同注脚与理解。如在《布莱克法律词典》中,将“缓刑”解释为“由法院强加、将犯罪人附带条件予以释放到社会而非拘禁于监狱之刑事量刑”。[①] 显然是将缓刑视为“量刑”。而据德国《少年法院法》,被科处一年以下不定期少年刑罚,如可期望判决已对其起到警示效果,“由缓刑期间的教育功能即可实行法律规定之品行而无须执行刑罚的,法官应当宣告缓刑”,[②]即视缓刑为判决。在美国犯罪学家克里夫·罗伯逊(Cliff Roberson)看来,未成年人缓刑集合刑罚、身份及组织等多重含义。具体来说,首先缓刑通常系指在少年法院监督下给予问题少年的刑罚;其次,缓刑还可指少年被判处缓刑的身份或族群,正是由于这种身份或族群使得问题少年必须遵守一定规则以避免因违反而导致机构化处分;再次,缓刑亦可指代执行缓刑之具体部门,如遍及全美的各级缓刑机构。[③] 美国犯罪矫正协会则更进一步,指出“缓刑是一种判决,是一种组织,也是一种过程。如视为一种判决,即代表一种司法审理,使犯罪者在预定的期间内以保持善行为条件,允许其继续生活在原来社区,但需缓刑官监督而达到再教育、再社会化之目的。如视为一种组织,即指负责缓刑之机构,用来协助法院及执行刑事司法有关特殊服务;如视为一种过程,则系指法院进行审理前之调查及审理后之社区生活辅导”。[④] 这个定义将缓刑视为判决、组织或过程。我国犯罪学者刘强将美国少年司法体系中的缓刑概念总结为四种方式,即少年法院将此作为替代少年习艺学校的措施、被宣判少年的身份、少年司法制度中的子体系及以少年法院、罪犯和社区在这个子

---

① Garner, Bryan A.. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company. p. 1240.

② 许久生:《德语国家的犯罪学研究》,北京:中国法制出版社 1999 年版,第 218 页。

③ Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice (2nd edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 238.

④ 转引自徐锦锋:《观护制度之现状检讨与展望》,载杨士隆、林健阳主编:《犯罪矫正问题与对策》(增订四版),台北:五南图书出版公司 2005 年版,第 388—389 页。

系统的事务为特征的活动、功能和服务的总称。[①] 这个定义更为宽广，将缓刑视为措施、身份、子体系及活动、功能和服务。

本书作者认为，未成年人缓刑又称少年缓刑，兼具量刑、身份、组织及程序等特征，系指法院依据犯罪情节、社会危险性与悔改表现，通过一系列专业机构、人员和社会团体，以非敌视性态度规定考验期，将未成年犯附条件释放，暂缓刑罚执行，在社会予以监督，以求改过自新的非监禁性处分措施。

2. 未成年人缓刑的作用及意义

就未成年人缓刑的功能，美国少年司法学家帕特里夏·杜伯特(Patricia Torbet)将其称之为"少年司法系统之驮马"(Juvenile Probation: the Workhorse of the Juvenile Justice System)[②]，形象地描绘了未成年人缓刑在少年司法中之突出地位及重要作用。我国台湾学者邓煌发将缓刑优点概括为：较监狱提供更趋个别化处分或咨询辅导、较监狱经济、允许犯罪人有更多处理其问题的机会、避免犯罪人受监狱副文化影响及避免影响受刑人名誉与家庭生活等。[③] 依台湾地区《少年观护所条例》第2条，未成年人缓刑目的"在协助调查收容少年之品行、经历、身心状况、教育程度、家庭情形、社会环境等事项，供少年法庭处理之参考，并辅导收容少年，使其改悔向上适应社会正常生活"。

一般来说，未成年人缓刑具有五方面的积极意义：贯彻法院令状及监管，帮助问题少年重返社会；促进司法目的之实现，防卫社会免受来自问题少年之进一步侵害；监测缓刑条件并提供相应服务，以期帮助矫正问题少年达到缓刑之目的；滞留问题少年于社区之中，与其家庭及学校接触，以期避免重返社会之困境；避免财政支出及因监禁随之而来的污名化影响。[④] 尽管在其发展过程中，未成年人缓刑并非未遇到苛责与质疑，但其在敦促问题

---

① 刘强：《美国犯罪未成年人的矫正制度概要》，北京：中国人民公安大学出版社2005年版，第24页。

② Torbet, Patricia. (1996). Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 1.

③ 邓煌发：《社区处遇之探讨》，载(中国台湾)《警学丛刊》1999年第3期。

④ Lawrence, Richard and Mario Hesse. Juvenile Justice: The Essentials. (2010). Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 227.

少年积极自省、改造及复归社会等方面日益扮演着无以替代的重要作用。

(三)未成年人缓刑的沿革

1.“僧侣特典”与缓刑萌芽

缓刑是作为对初犯与问题少年的人道主义举措登上历史舞台的,最初源于中世纪的英国,植根于“僧侣特典”(benefit of clergy)这一概念,而这又可溯源自“避难权”(right of sanctuary)。“避难权”又称教会庇护权、圣所保护权,系指犯罪嫌疑人逃入教堂,非经教会当局许可不得逮捕的特权。《旧约》即有相关记载:耶和华对摩西说:“你要吩咐以色列人说:‘你们过约旦河,进到迦南地的时候,就要选择几座城,给你们作避难城,让误杀人的,就是无心杀死人的,可以逃到那里。它们可以作你们逃避报仇者的避难城,使误杀人的不至于死,直到他站在会众面前受审判。’”[①]换言之,为了躲避被害人家族的同态复仇,无心杀人的凶手可逃至特定城市安顿下来。“避难权”始于罗马君士坦丁时代,其时许多教会提供庇护,而躲避世俗法律。[②] 这一制度于17世纪在英国逐步消亡,而以“僧侣特典”取而代之。

僧侣特典(benefit of clergy),系指古代天主教僧侣犯罪被捕不受普通法庭审讯的特惠。在12世纪之前,由于教会力量的强大,英国社会共存有世俗法院(secular courts)与教会法院(ecclesiastical court)两套体系,尤以后者为重。而到了英王亨利二世(Henry II,1154—1189年在位)时期,这种唯教会法院马首是瞻的做法遭遇严重挑战。自登基伊始,亨利二世这位法国人后裔力推动英国法律的世俗化,而这又不可避免冲击教会法院的既得利益,引起罗马天主教会的强烈不满与抵触。1166年,亨利二世在克拉伦登皇家狩猎房召开的大臣会议中提出一系列法令,力推以王室法院作为工具来扩张王权。这些法令后被统称为《克拉伦登诏令》(*Assize of Clarendon*)。因该诏令重新构建的法院体系最初完全以维护王室威严为出发点与归宿,

---

① 《旧约·民数记》。

② Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 183.

毫无悬念地这引发了英王与坎特伯雷大主教(Archbishop of Canterbury)间激烈的权力之争。后者坚称世俗法院对僧侣没有任何管辖权,双方争执不下。四年后,出于内忧外困之下的英王被迫作出的"阿夫朗什妥协"(*Compromise of Avranches*):原则上王座法院不得对僧侣定罪量刑,除非其被控叛国、拦路抢劫及纵火。但与此同时,对僧侣特权亦有较大修正。按照新的规定,僧侣们即便先接受教会法院审理,其仍需前往世俗的王座法院接受刑罚。[①] 这一妥协最终造就了"僧侣特典"的诞生。在"僧侣特典"理念支撑下,任何被指控触犯世俗刑法的僧侣们可游离于世俗法院之外,故而只接受教会法(canon law)约束。[②] 相比世俗法院,教会法院对僧侣们的处罚较轻,这样的直接结果便是其对教会法院趋之若鹜。

最初僧侣祈求宽恕的程序十分简单,仅身披僧服出庭而已。随着时间推移,这种过于简化了的形式被识字测试所代替,犯罪人可通过阅读《圣经》部分章节以证明其教士身份。[③] 1353 年英王爱德华三世(Edward III,1327—1377 年在位)颁发正式诏令,受惠人群从神职人员扩大到所有能够阅读的人。这样,即使目不识丁的人,也可通过熟记圣经而得享同等待遇。因为世俗法院刑罚严苛,很多轻微犯罪都可能被科以死刑,而教会法院无论是审理还是裁判都远较前者宽松。1575 年,伊丽莎白一世(Elizabeth I,1558—1603 年在位)又继续大刀阔斧地改革,对"僧侣特典"进行彻底改弦更张。新体制下,僧侣们只能在定罪之后、量刑之前提出宽恕请求。这样做虽然不会对原定罪决定有翻盘之嫌,但可对初犯量刑酌情减轻,尽管入监最长也不过一年而已。而到 1706 年,最后一道曾屏蔽世俗与僧侣世界的阅读

---

① 卢鹏:《论结论性推定与拟制的区别》,载《同济大学学报(社会科学版)》2003 年第 1 期,第 66 页。

② Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2002). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 208.

③ 通常宣读的文字也是教士们耳濡目染、了然于心的,而《诗篇 51》(*Psalm 51*)更是必不可少的内容——"神啊!求你按着你的慈爱恩待我,照着你丰盛的怜悯涂抹我的过犯"、"求你彻底洗净我的罪孽,洁除我的罪"等等。这不但帮助僧侣逃脱王座法院的羁绊,而且还大开世俗方便之门,使得这一做法逐步演变成对犯行轻微初犯的怜悯机制。《诗篇 51》因而又被称为"颈部扭转"(neck verse),形象地说犯罪人的脖子得以扭向他处,意在说明可以挽救。

测试最终得以取消。自此,"僧侣特典"从仅受益教士而成功过渡至任何普通初犯均可能享受的优惠机制,也标志着这一制度从此花落民间,惠及大众。

除"僧侣特典"之外,"暂缓执行"(judicial reprieve)、"具结悔过"(recognizance)或"签保"(binding over)历史上都曾在缓刑制度早期发展中起到了承上启下的作用。与"僧侣特典"相比,"暂缓执行"在形式及效果上更类似现代缓刑。它同样起源于英国,系对已发生法律效力的判决在一定期限内暂缓执行。由于英王对适用"暂缓执行"具有最终决定权,这一刑罚暂缓制度在英国得到很快发展,从最初仅适用于死刑案件逐步扩展到一般刑事案件。[①] "具结悔过"在其历史发展过程中出现过多种形式,最为常见的是"保释"(bail)与"释放"(release)。

以适用范围较广且延续时间较长的暂缓执行为例,英国的法官可宣布暂缓执行某一刑罚,以便被告人向王座法院提请赦免。暂缓执行包括对死刑案件的暂时停止及实行大赦等不同情形。时至今日,包括美国在内的诸多国家与地区仍不时沿用"暂缓执行"以缓解可能存在的司法不公现象。2002年4月29日,关押在陕西延安宝塔区看守所的死刑犯董伟,在行刑前四分钟突然戏剧性地接到暂缓执行死刑的命令,[②]这可视为暂缓执行的具体表现形式。这些基本上都可视为"暂缓量刑"(suspended sentence),尽管与缓刑存在许多相通的地方,甚至某些术语可互换使用,不过与缓刑还有不少差别。其中最为明显之处便在于其缺乏监督,而且对犯罪人并未设定特定矫正目的。[③] 在美国,"暂缓量刑"最早可追溯到1830年的波士顿,并迅速漫及全美。直到19世纪中叶,许多法院仍援用"暂缓执行"来实现"暂缓量刑",但这无形之中赋予法官过多自由裁量权。[④] 这一时期,获得释放通

---

① Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2001). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 208.

② 参阅张帆、江雪:《死刑在执行前四分钟停止》,载《南方周末》2002年7月18日。

③ Territo, Leonard, James Halsted, and Max Bromley. (2003). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 519.

④ Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 96.

常为违法的青少年,其受到父母或其他人之监管。①

2. 奥古斯都与现代未成年人缓刑的初创

现代意义上的缓刑制度则缘起1870年北美波士顿颁行缓刑法。这有一段颇有意思的小插曲。约翰·奥古斯都(John Augustus,1785—1859)是波士顿的一个鞋匠,被后世尊称为"缓刑之父"(Father of Probation)。他是热心肠人,不忍经常看到醉汉因无力支付罚金而被拘禁的窘境。1841年,时年五十七岁的奥古斯都向波士顿违警法院(Boston Police Court)提出他将醉汉短时期内予以教化。在朋友一再要求之下,奥古斯都于1852年出版《约翰·奥古斯都劳动报告》(*Report of the Labors of John Augustus*)。在这本仅104页的小册子中,他回顾道,"有天清晨,我在法院目睹一醉汉被控酗酒。他告诉我若能不被投入感化院,从此将滴酒不沾。于是乎,我向法院请求将其保释"。在法院勒令该犯罪人须于三周后出庭受审时,奥古斯都陪同其左右;法庭四座无不为醉汉面目一新的言谈举止所震惊。仅第一年,奥古斯都即成功协助10名醉汉免受科监刑罚。此后18年间,他不间断地帮助近两千成年人与未成年人改过自新,据说仅有10件案件功亏一篑。② 他对未成年人尤为关注,对大多数当事人进行系统背景调查,对其姓名、出生日期、地址、案卷号及保释金数额都了如指掌,并将谨慎筛选的未成年人带回其家中。不但如此,他还首创"probation"来代指这一自新过程。尽管其不懈努力得到社会大众与法官的广泛认可,奥古斯都的工作并非无懈可击,而且还招致检察官与警察、法院书记员的刁难。在检察官看来,奥古斯都的做法固然有可圈可点之处,但这无疑加重了法庭的诉累,以致某些案件久拖不决。而对于警察与法院书记员而言,将罪犯放虎归山而非科监入狱无异于自绝财路,因为每遣送一名罪犯至监狱,他们都可以获得不菲收入。

继波士顿之后,芝加哥与纽约先后建立起缓刑制度。缓刑这一新制度的构建揭示司法机关已逐步摒弃以往刑罚之威吓、报复及压制观念,转而重

① [美] Peter Kratsoski、Lucille Dunn Kratcosk 著,叶希善等译:《青少年犯罪行为分析与矫正(第五版)》,北京:中国轻工业出版社2009年版,第279页。

② Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p.96.

视犯罪防治与矫正。然而,缓刑建立之初大多仰仗义工,因而在专业化建设方面问题比较多,影响并制约着缓刑制度的进一步发展。1878 年,马萨诸塞州通过世界上第一部缓刑法,并据此成立第一所公办缓刑处,招募职业缓刑官处理棘手矫正问题。这部法律通过后,缓刑在其他各州相继得以施行。而 1899 年芝加哥少年法院的创立也为缓刑的进一步发展起到了推波助澜的作用,因为少年法院与未成年人缓刑在促进未成年人福利及矫正问题少年方面有异曲同工之妙。[①] 从此缓刑被更多地用来替代带有刑罚性质的监禁刑。

3. 未成年人缓刑的探索与发展

受各国少年法院运动推动,未成年人缓刑发展节奏明显快于成人缓刑。1925 年,在"全美缓刑协会"(National Probation Association)等非政府组织积极推动下,美国国会通过《1925 年国家缓刑法》(*National Probation Act of 1925*)。该法明文规定,法官可以暂缓刑罚执行,而代以缓刑。

20 世纪 20 至 50 年代,美国缓刑的侧重点逐步从培养缓刑犯的道德过渡到治疗模式(therapeutic counseling)。这种变化有三方面的意义:其一,缓刑官不再将塑造缓刑犯某些道德标准作为主要诉求;其二,缓刑官将注意力更多放在以社会工作者的角色来解决缓刑犯的心理等问题症结所在;最后,缓刑犯本人亦较以往更积极、主动投入自我矫正之中。到了 60 年代,社区矫正的浪潮在美国风云骤起,引发缓刑向纵深行进。缓刑官肩上承受的压力远较以前更甚,常常为诸如就业、住房、理财和教育等琐碎问题四处奔波。这也反映了当时激进社会变革主张以最终解决贫困来消灭犯罪等现象的呼声,即所谓的"减贫攻坚战"(War on Poverty)。在这种社会压力之下,更新重建与重返社会很自然便成为这一时期衡量缓刑成败与否中最为重要的指标之一。1959 年,全美所有的州和关岛及美属萨摩亚等海外领地均建立了缓刑制度。

20 世纪 70 年代到 80 年代初,缓刑的方向又一次发生重大转型,受学科交叉与融合大环境与原有矫正效果不畅的影响,风险管理(risk

---

① Del Carmen, Rolando, and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 304.

management)的概念深入人心。所谓风险管理系指采取有效措施减少缓刑犯再犯概率的举措,其目的不仅在于在相当程度上重新引入惩罚刑的理念以监督缓刑的实际效果,而且还可根据相对标准化的依据较准确地评判缓刑犯有关行为是否与法律和相关要求相悖。[①] 不像成人缓刑,并不是每个州都会设立未成年人缓刑。截至2002年,美国尚有内华达州、华盛顿州、西弗吉尼亚州及威斯康星州四个州未设未成年人缓刑,而在其余各州少年法院几乎对每一种犯罪都可考虑适用缓刑。[②]

19世纪90年代起,欧洲大陆逐步建立起现代缓刑制度,如比利时与法国先后于1888年和1891年颁行缓刑法。十月革命胜利后,俄国也建立起缓刑制度。全俄中央执行委员会在1918年3月7日颁布的《关于法院的第二号法令》第29条规定,"人民陪审员所要解决的,不仅是犯罪的事实问题,而且有量刑的问题。同时他们有权根据自己的信念减轻法律所规定的刑罚,直到对被告人缓刑或完全免除被告人的一切刑罚"。[③] 1923年,随着《少年法院法》的出台,德国也正式确立了缓刑制度。[④]

从1910年清政府颁布《大清新刑律》中始有缓刑规定至今,我国引入现代缓刑制度已有百年历史。仿效日本刑法,《大清新刑律》第63条规定"具有下列要件,而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者,自审判确定之日起,得宣告缓刑五年以下,三年以上……"。1928年、1935年国民政府在制(修)订刑法典时也明确将缓刑纳入其中。新中国成立后,中央人民政府司法部于1950年颁行《关于减刑、假释、褫夺公民权等问题的解释》,确认缓刑在刑罚执行中的作用。经过近30年的探索,现行缓刑制度分别在1979年、1997年两部刑法典得以确认和完善。不过,上述几部法律并未明确未成年人缓刑制度。

---

① 参阅 Wikipedia. (2007). Probation. Retrieved March 21, 2007, from http://en.wikipedia.org/wiki/Probation.

② Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2002). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.236.

③ 转引自冯全:《历史与现实:俄罗斯刑法中的缓刑制度》,载《内蒙古民族大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

④ 刘守芬、丁鹏:《现代缓刑类型与中国的选择》,载《现代法学》2005年第6期。

二、未成年人缓刑的功能组成及适用条件

(一)未成年人缓刑的功能组成

未成年人缓刑的组成部分直接关系其作用的发挥和功能的实现。在美国少年司法学家罗伯特·雷戈利(Robert Regoli)、约翰·休伊特(John Hewitt)及马特·德利斯(Matt Delisi)看来,欲使未成年人缓刑充分发挥其应有之功效,其应包含对经由少年法院或家事法院转介案件之收案筛选(intake screening)、对涉案少年之刑前社会调查(predispositions or social history investigations)及应法庭之令对问题少年进行监管(court-ordered supervisions)三个基本内容。① 美国国家刑事司法标准与目标顾问委员会认为未成年人缓刑由四部分组成,即法定安置(legal disposition)、监禁替代(alternative to incarceration)、少年司法之次系统(subsystem)与法院服务机构(court service agency)。具体来说,法定安置是指少年处于少年法院监督之下必须服从一定条件和规则才有可能获释;监禁替代是指作为非惩罚性安置措施,未成年人缓刑强调矫正治疗与触法少年回归社会;而法院服务机构则是指缓刑官作为未成年人缓刑具体执行人肩负向法院提交调查报告、监督被缓刑少年及向少年及其父母和所在社区提供专业建议的责任。②

我国台湾缓刑学者刘作揖主张未成年人缓刑应包括以下主要内容:非行少年的个案调查、被收容少年的身心鉴别、被责付少年的辅导、不付审理而转介儿童或少年福利或教养机构的辅导、宜否付保护处分少年的观察、受训诫少年的假日生活辅导、保护管束的执行、违反保护管束应遵守事项的试探观察、拒绝接受转介辅导少年的观察、拒绝接受训诫、假日辅导或安置辅导少年的观察、停止感化教育执行的保护管束、禁戒治疗与保护管束的合并执行、缓刑期间的保护管束及假释初校的保护管束。③

---

① Regoli, Robert, John Hewitt, Matt Delisi. (2008). Delinquency in Society—Youth Crime in the 21st Century (7th edition). New York, NY: McGraw-Hill. p.495.

② Lawrence, Richard and Mario Hesse. (2010). Juvenile Justice: The Essentials. Thousand Oaks, CA: Sage Publications. pp.194 - 195.

③ 刘作揖:《少年观护工作》,台北:五南图书出版公司1999年版,第20—23页。

综合中外学者的论述并考察近年国内相关司法的实践，本书作者主张未成年人缓刑涵盖广泛，包括收案筛选、个案调查、法定安置、监禁替代、保护管束、社会帮教与矫正治疗等内容。

（二）未成年人缓刑的类型及适用条件

1. 未成年人缓刑的类型

未成年人缓刑的来源不外乎两类：一是经少年法院审结并判处的；另一类则出自未成年人的自愿。通常情况下，未成年人自愿接受缓刑安置，一旦其完成缓刑，则原先少年法院程序随即终结。以美国 2002 年为例，在 385,400 起被判处缓刑的未成年人案件中，其中 65% 为少年法院安置结果，其余为自愿缓刑或非正式缓刑；而考察 1985 年至 2002 年间这两类缓刑的此消彼长后，研究人员发现法院安置的未成年人缓刑增长了 103%，而自愿缓刑不过 3% 而已。[①] 这反映出未成年人案件愈发呈现正式程序态势，也在一定程度上折射出美国刑事司法与少年司法领域的新保守主义趋势。

除了安置缓刑与自愿缓刑这种分类外，在可供法官备选的未成年人安置选择中，标准缓刑是最为常见的安置方式。标准缓刑（standard probation），包括附条件缓刑（conditional probation）与无条件缓刑（unconditional probation）两种形式。此外，未成年人缓刑营（juvenile probation camp）、祈祷判断（prayer for judgment）、震撼缓刑（shock probation）及学校缓刑（school-based probation）也是近些年常见的缓刑类型。

未成年人缓刑营（juvenile probation camp）是近些年来美国兴起的新型未成年人缓刑形式。这种缓刑营最早出现于 20 世纪 80 年代初，由郡级政府具体运作，内容包括文体活动、社区联络及学业训练。作为监禁刑的替代方式，未成年人缓刑营的对象主要是第一次触犯法律的非暴力未成年人，乃居住式矫正形式之一。精心挑选的未成年人被分成不同小组，在指导人员

---

① Livsey, Sarah. (2006). Juvenile Delinquency Probation Caseload, 1985—2002. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

的辅导下反思。祈祷判断(prayer for judgment),又称推迟起诉(deferred prosecution)、司法缓期(judicial reprieve),是指即使犯罪人有罪但若其在规定时间内(通常为1至3年)行为良好就撤销犯罪记录,即所谓“缓期执行,以观后效”。但倘若发现该犯罪人在规定时间内仍不知悔改,法官仍有权撤销上述判决。

震撼缓刑(shock probation)或称休克缓刑,又称分裂量刑(split sentence),即犯罪人在拘留所服刑一段时间后,可自行向法官申请缓刑,法官自主决定缓刑与否。1965年,俄亥俄州通过法律允许法官可判处犯罪人入狱90至130天,之后将其释放至社区执行缓刑。立法者认为,先入狱一较短时间再实施缓刑,可“震撼”犯罪人使其能够悔改。①

学校缓刑与传统未成年人缓刑较为类似,不同之处在于对问题少年的监督场所移转至中小学内,未成年人缓刑官们的办公场所也相应移至中小学。这种新型缓刑的特点在于更多接触(more contact)、更好教导(better monitoring)及专注校园成功实例(focus on school success)。② 据美国“宾夕法尼亚州少年法院法官委员会”(Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission)提出的学校缓刑相关标准,在具体适用学校缓刑时,少年法院/缓刑官与参与学区(school district)之间应当签订正式书面协议,明确双方权利义务。具体说来,这些权利与义务可能包括:学校缓刑的理念、目标与具体目的;校园环境下缓刑官所扮演的具体角色;起支持作用的校方管理人员所扮演的具体角色;涉及缓刑官职责所在的详细清单;缓刑官携带武器入校的程序与储藏方式;学区的责任清单,包括建立沟通热线及向缓刑官提供私密性的办公场所;缓刑官查阅学生档案的手续,这些档案包括出勤、纪律处分、成绩与进步情况及缓刑官与校方定期会晤以讨论有关案例进展的条款等。③

---

① Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 225 - 226.

② Del Carmen, Rolando and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 316.

③ Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission. (2010). Standards Governing School-based Probation Services. Retrieved March 21, 2010, from http://www. psp. state. pa. us/portal/server. pt/gateway/PTARGS_0_2_404283_0_0_18/stds1x. htm.

2. 未成年人缓刑的适用条件

对未成年人适用缓刑须满足一定条件。在美国,缓刑可通过下述三类途径实现:其一,有关法律可允许初审法官暂缓刑罚执行,而以附条件缓刑取而代之;其二,法条也可要求施以刑罚,但也可施以缓刑;其三,法官得有自由裁量权裁定施加缓刑与否。① 从某种意义上说,缓刑与不定期刑有异曲同工之妙,两者对矫正期限原则上均上不封顶,而取决于矫治效果。在德国,依《少年法院法》,被判处一年以下有期徒刑的少年必须宣告缓刑;有期徒刑一年以上两年以下的少年,则可被裁量宣告缓刑。②

我国《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第31条规定,对于具有下列情形之一,依法可能判处拘役、三年以下有期徒刑,悔罪态度较好,具备有效监护条件或者社会帮教措施、适用缓刑确实不致再危害社会的未成年被告人,检察院可以建议法院适用缓刑:"犯罪情节较轻,未造成严重后果的;主观恶性不大的初犯或者胁从犯、从犯;被害人同意和解或者被害人有明显过错的以及其他可以适用缓刑的情节。"据《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第16条规定,若问题少年具有"初次犯罪、积极退赃或赔偿被害人经济损失、具备监护帮教条件等情形之一,对其适用缓刑确实不致再危害社会的,应当宣告缓刑"。

三、未成年人缓刑的适用

(一)未成年人缓刑适用对象

一般来说,未成年人缓刑所针对的对象基本上都是情节显著轻微且主观恶性较小、社会危险性不大的未成年初犯、胁从犯或从犯。对未成年人缓刑处分除了与涉案少年个人背景、具体案情息息相关外,往往还与其性别有一定联系。以1993年为例,美国少年法院判决缓刑的占所有需安置女性的

① Territo, Leonard, James Halsted, Max Bromley. (2003). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall. p. 519.

② 沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版,第185页。

60%，而男性这一比例为55%。[①]

（二）未成年人缓刑考察标准与依据

1. 未成年人缓刑的考察标准

按照缓刑考察是否附加一定条件，缓刑可分为附条件缓刑与无条件缓刑。其中，附条件缓刑是指附加条件的缓刑，这是缓刑的主要表现形式。之所以设定这样或那样的缓刑考察条件，其目的在于实现对犯罪人的控制与更生重建。实际上，未成年人缓刑基本上被视为少年法院与问题少年间订立的合同或协议（agreement），[②]尽管这种合同可能看起来更像是前者订立的格式合同。意在规范后者行为，警戒问题少年一旦违反相应条款或条件构成合同实现的违反。

缓刑条件通常可分为标准条件（standard condition）与特殊条件（special condition）及主动条件（active condition）与被动条件（passive condition）等等。所谓标准条件，系指毋需考虑案情而适用于所有案件的缓刑条件，这些条件或由有关法律加以明示，或由少年法院或缓刑官罗列。缓刑标准条件包括不得犯新罪、提交毒品测试、定期向缓刑官报到以接受指导、不经缓刑官许可不得擅离所在司法辖区、同意缓刑官得在任何时间访问缓刑人、不得与有刑事案底之人接触。[③] 为加强对未成年人缓刑犯的监管力度，缓刑犯往往需要事无巨细向缓刑官提交详尽报告。以纽约为例，缓刑人须每月向缓刑官呈交一份报告，内容包括：姓名、住址、座机与手机号码；工作地点、雇主姓名、工作小时数；汽车牌照号、驾照号；工资收入、额外收入、月总收入；银行存款、支票账户；吸毒与否、犯罪与否、是否与有犯罪前科者交往以及是否未得到许可便擅自离开指定区域。[④] 这些规定同样适用于未成年人缓刑。除

① Poe-Yamagata, Eileen and Jeffrey Butts. (1996). Female Offenders in the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 12.

② Lawrence, Richard and Mario Hesse. (2010). Juvenile Justice: The Essentials. Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 227.

③ Del Carmen, Rolando and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 308.

④ ［美］毕汝谐：《美国联邦监狱探秘》，北京：中国检察出版社2004年版，第150页。

了这些与成人大同小异的缓刑条件外，美国有些司法区还要求这些未成年人必须正常上学、定期拜访缓刑官、居留社区之中以及入夜后须准时回家。①

我国《刑法》第75条规定，被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定："遵守法律、行政法规，服从监督；按照考察机关的规定报告自己的活动情况；遵守考察机关关于会客的规定以及离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。"台湾地区《少年及儿童保护事件执行办法》第13条规定，在保护管束期间，少年应遵守下列事项："保持善良品性，不得与素行不良之人交往；服从少年法院及执行保护管束者命令；不得对被害人、告诉人或告发人寻衅；将身体健康、生活情况及工作环境等情形报告执行保护管束者；非经执行保护管束者许可，不得离开受保护管束地七日以上；经谕知劳动服务者，应遵照执行保护管束者之命令，从事劳动服务以及其他经少年保护官指定必须遵守的事项。"

相比之下，缓刑特殊条件针对性更强，仅限于单独缓刑人，为缓刑官结合未成年犯自身所需以及教化需要而量身打造。缓刑特殊条件目的在于实现缓刑个别化，以提高感化成功率。在缓刑官建议之下，法官就未成年犯所需进行评估，继而制定有关特殊条件。这些特殊条件可能包括：参与若干小时的社区公共服务、向被害人支付赔偿、缴付罚金及参加各类文体与治疗活动。不同于通常由成文法规定的标准条件，特殊条件附加则主要来自少年法院（经未成年人缓刑官建议）之具体判决，其中社区服务令最为常见。②

未成年人缓刑条件还可分为主动条件与被动条件。主动条件系指未成年人缓刑犯必须完成的缓刑条件，例如获得高中毕业文凭或完成一定量的社区服务等等。被动条件则是明令禁止未成年人缓刑犯不得触犯新罪也不得有任何技术性违反事项的缓刑条件。在主动条件与被动条件之间，现代缓刑更重视前者，原因在于主动条件可有效激发缓刑犯自主矫正意识而不

---

① Regoli, Robert, John Hewitt and Matt Delisi. (2008). Delinquency in Society—Youth Crime in the 21st Century (7th edition). New York, NY: McGraw-Hill. p.495.

② Del Carmen, Rolando and Chad Trulson. (2008). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp.308－309.

是像被动条件那样不得不为之，而这样做实际上也起到了更好的矫正效果。①

2. 未成年人缓刑的考验期

就未成年人缓刑考验期期限长短，各国及地区规定不尽相同。在美国，未成年人缓刑考验期通常不定期限，但一般不超过两年。② 在对未成年人缓刑时间研究后，"全美未成年人矫正评估中心"(National Assessment of Juvenile Corrections)发现未成年人缓刑考验期实际平均时间为11.5个月。③在德国，缓刑期间为两年以上三年以下，从判决之日起算。此期间内，可酌情缩短为一年或延长至四年。④

依拘役、有期徒刑不同，我国缓刑考验期长短不同。《刑法》第73条规定，"拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于二个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。缓刑考验期限，从判决确定之日起计算"。但缺乏相关缓刑考察期延长或缩短之规定，且考察期间最低二个月过短，不利于真实、完整反映未成年人缓刑犯之改造状况。⑤

3. 未成年人缓刑的违反与撤销

一旦问题少年违反缓刑，可能导致缓刑的撤销。未成年人缓刑违反(probation revocation)通常有三种形式：其一缓刑考验期限内犯新罪，为与初始犯罪(original offense)相区分，这常被称为"即刻犯罪"(instant offense)。而第二种是技术性违反(technical revocation)，例如漏报行程或宵禁违反等等。这些本身往往并不构成犯罪，一般不会导致拘捕。但严重的技术性违反，如逃跑、暴力倾向可导致缓刑撤销和重新锒铛入狱。更多的缓

① Del Carmen, Rolando and Chad Trulson. (2008). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.306.

② Lawrence, Richard and Mario Hesse. (2010). Juvenile Justice: The Essentials. Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p.228.

③ [美] Peter Kratsoski、Lucille Dunn Kratcosk 著，叶希善等译：《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版)，北京：中国轻工业出版社2009年版，第280页。

④ 沈银河：《中德少年刑法比较研究》，台北：五南图书出版公司1988年版，第186页。

⑤ 杨兴培、吕洁：《中国内地与香港刑法中缓刑制度的比较研究》，载《中国刑事法杂志》2009年第3期。

刑违反行为则可介于二者之间，责罚方式包括口头训诫、责令悔过、修改或增加缓刑条件。此外，发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，也可撤销缓刑。如我国《刑法》第 77 条规定，"被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚"。

各国对未成年人缓刑撤销均有严格的程序性要求。在"盖加依诉史加彼利"(*Gagnon v. Scarpelli*)一案中，美国联邦最高法院认定除非历经"初步撤销听证"(preliminary revocation hearing)及"终局撤销听证"(final revocation hearing)，否则缓刑不得撤销。其中，"初步撤销听证"出现在当缓刑犯涉嫌缓刑违反而被拘禁之时，决定着是否继续拘禁或释放；而"终局撤销听证"出现于法官在缓刑违反事实确定后之量刑。① 具体到未成年人缓刑，依《美国法典》第 5042 条，在缓刑被撤销之前，涉案少年应被告知，并应进行有律师在场之听证。②

4. 未成年人缓刑的帮教

经费与人员的严重不足，常使得没有足够缓刑官来现实监督缓刑条件的具体落实。即便是在缓刑制度开展得较为成功的美国，单个缓刑官所需要监督的问题少年数量往往超出工作量极限，为其能力所不及。截至 1996 年，全美每位缓刑官案负从 2 至 200 起不等，平均为 41 起，而认为较合适的数字应为 30 起左右。③

随着对缓刑功能特别是其效果的反思，近二十年来欧美各国在未成年人缓刑执行方式、主体及条件上都出现了一些新的动向。1996 年，得克萨斯州议会授权人口超过 12.5 万的郡未成年人缓刑委员会运作"少年司法替

① Gagnon v. Scarpelli, 411 U. S. 778 (1973).

② U. S. C, § 5042.

③ Torbet, Patricia. (1996). Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

代教育项目”(Juvenile Justice Alternative Education Programs,简称 JJAEPs)。该项目旨在向那些因严重违法而被公立学校开除的缓刑少年提供辅导服务。通常情形下,“少年司法替代教育项目”向这些少年提供为期一年的学业、行为、治疗及支持服务。该计划还在沟通技巧(communication skills)、问题解决(problem solving)和冲突调解(conflict resolution)及日常生活技能(daily living skills)等方面向家庭提供培训和支持,以帮助少年在教育领域取得更大的成功。在家庭帮教中,法院常指定其监护人为帮教人,将缓刑人员应遵守的行为规范和撤销缓刑的法定情形告知帮教人,并且制定有针对性的帮教计划,还要明确帮教人违反法定义务所要承担的法律责任。[①]

在未成年人缓刑帮教上,以专门性缓刑机构为主体、有关机构参与的原有模式有了突破,尤其是“警察—缓刑伙伴关系”(police-probation partnership)的构建与运作为传统未成年人缓刑注入了新鲜血液,在很大程度上增强了对未成年人的监管力度,弥补了未成年人缓刑部门监管不力的现实窘境。[②]

尽管我国尚无专门针对未成年人缓刑的法律,但《关于审理少年刑事案件聘请特邀陪审员的联合通知》指出,“少年法庭的审判员和陪审员对判处管制、拘役宣告缓刑,有期徒刑宣告缓刑的少年犯,要协助公安机关和有关单位落实帮教措施,进行必要的回访、考察工作”。尽管该通知是针对少年法庭陪审员而作出的,但其对法官也具有约束力,即法官应对经办的未成年人案件进行必要的回访与考察。此外,其他法律对检察官、警察及司法行政人员也规定进行回访与帮教。

(三)未成年人缓刑的专业化

1. 未成年人缓刑的组织结构

就缓刑监督机构而言,因肩负监督未成年人缓刑的重任,各国与地区一

---

① Tarrant County Juvenile Services. (2006). Intermediate Juvenile Justice Alternative Education Program. Retrieved May 18, 2006, from http://www.tarrantcounty.com/ejuvenile/cwp/view.asp? A=737&Q=427773.

② Regoli, Robert, John Hewitt and Matt Delisi. (2008). Delinquency in Society—Youth Crime in the 21st Century (7th edition). New York, NY: McGraw-Hill. p.495.

般均设立专门机构。《北京规则》要求,“处理少年案件比处理成人案件更易于对罪犯的一生产生长期影响,因此重要的是主管当局或原来处理案件的具备主管当局同样条件的独立机关(假释委员会、缓刑办公室、保护少年福利机构或其他机构)应监督对处理决定的执行”。在全美23个州和哥伦比亚特区,未成年人缓刑由地方少年法院或所在州“法院行政办公室”(administrative office of courts)管理;14个州则将二者有机结合:都市郡由少年法院管理,而在小郡通常由州级缓刑部门直接管理;10个州则通过行政部门对缓刑进行管理;而在另3个州里,缓刑是由郡行政机关执行的。[1]

以得克萨斯州为例,未成年人犯罪与偏差的处理机构包括州和地方两级。在州这一层面上,主要由“得克萨斯未成年人缓刑委员会”(Texas Juvenile Probation Commission,简称TJPC)与“得克萨斯青少年委员会”(Texas Youth Commission,简称TYC)两个主要机构组成。其中,得克萨斯未成年人缓刑委员会具体指导全州未成年人缓刑处分与管理。该委员会并不向问题少年提供直接服务,其主要职责是提高缓刑的质量与效度、建立统一的缓刑管理标准、通过向地方缓刑委员会提供经费来指导缓刑工作、增进州与地方在未成年人缓刑上的经常性沟通与联系及制定少年拘留所最低标准。此外,委员会还向当地法院及执法人员提供培训和技术援助,并定期发表报告和技术援助信息。该委员会决策机构由九人组成,委员在征得参议院同意后由州长任命,任期六年。其中,两名成员必须为该州地方法院法官,一名成员必须是郡法官或专员,另外六名必须是不受聘于刑事司法或少年司法系统的普通公众。[2] 与得克萨斯未成年人缓刑委员会专注于宏观上的督理与服务不同,得克萨斯青少年委员会则肩负对全州少年司法机构化与社区处分的实际管理工作,特别是对触法(commitment)、释放(release)及善后辅导(aftercare)事项等负责。该委员会由一个六人组成的理事会运

① Torbet, Patricia. (1996). *Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System*. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p.2.

② Texas Juvenile Probation Commission. (2006). The Texas Juvenile Justice System. Retrieved December 21, 2006, from http://www.tjpc.state.tx.us/about_us/juv_justice_overview.htm.

转，理事由州参议员推荐并经州长任命，任期同样为六年。理事一般由热衷未成年人保护事业的社会人士组成，并设有一名执行理事具体负责理事会运作。①

在地方层面上，得克萨斯州未成年人缓刑机构则包括多达八类的组成机构：郡少年委员会（county juvenile board）、少年法院法官（juvenile court judges）、郡未成年人缓刑局（county juvenile probation department）、郡法院（county commissioner's court）、未成年人检察官（juvenile prosecutors）、都市法院法官（justice and municipal court judges）、执法部门（law enforcement）与义工。由于各郡规模各异，得克萨斯州现有 120 个单一郡（single-county）未成年人缓刑局，此外尚有 44 个复合郡（multi-county）未成年人缓刑局。② 后者通常覆盖二至六个郡不等。依据各个郡实际情况的不同，未成年人缓刑局或者检察官负责案件的收案筛选。未成年人缓刑局由地方法院管理，负责安置前的调查（predisposition investigations）和判决后的缓刑监管（probation supervision）。每郡均设有少年委员会（juvenile board）来负责当地少年司法系统的运作，具体监督执行、政策决策、核准年度预算及法官与决定主任缓刑官等人员去留。少年委员会由地区法院与郡法院的全体法官共同组成。全得克萨斯州共有 164 个地方未成年人缓刑局，负责 97% 的未成年人缓刑案件，而得克萨斯青少年委员会负责大约 3% 的未成年人缓刑案件。③

我国大陆地区尚未建立相对独立的未成年人缓刑机构，而香港、澳门及台湾地区在这方面的做法颇可供大陆借鉴。如香港的缓刑执行机构为惩教署和社会福利署，“青少年罪犯评估专案小组”为惩教署下设“更生事务组”之重要组成部分，由惩教署及社会福利署专业人员组成，就十四至二十五岁

① Texas Juvenile Probation Commission. (2006). The Texas Juvenile Justice System. Retrieved December 21, 2006, from http://www.tjpc.state.tx.us/about_us/juv_justice_overview.htm.

② Texas Juvenile Probation Commission. (2003). The State of Juvenile Probation Activity in Texas—Statistical and Other Data on the Juvenile Justice System in Texas for Calendar Year 2002. Austin, TX: Texas Juvenile Probation Commission. p.9.

③ Texas Juvenile Probation Commission. (2003). The State of Juvenile Probation Activity in Texas—Statistical and Other Data on the Juvenile Justice System in Texas for Calendar Year 2002. Austin, TX: Texas Juvenile Probation Commission. p.9.

男犯及十四至二十一岁女犯个案,向法官提供关于判刑的综合专业意见,以协助定罪量刑,并帮助缓刑犯的改造,使其重新融入社会。[①] 在我国台湾地区,《少年观护所设置及实施通则》第2条规定,"少年观护所隶属于高等法院检察署,其设置地点及管辖,由高等法院检察署报请'法务部'核定之"。第5条又规定,"少年观护所分设鉴别、教导及总务三组;容额在三百人以上者,并设医务组"。

2. 未成年人缓刑官组成与职责

缓刑官责任兹事体大,在美国犯罪学家霍华德·阿伯丁斯基(Howard Abadinsky)看来,缓刑官在少年法院运作过程中居于核心地位。[②] 鉴于此,《北京规则》指出,"对于社会工作者和缓刑监督人员来说,要求把职业专门化作为承担处理少年罪犯任务的前提条件可能是行不通的。因此,受过在职专业教育应为最低条件"。一般认为,未成年人缓刑官需要掌握这样一些专业知识:掌握相关法律;具有良好口头与书面交流能力;具备筹划与实施调查或监督的能力;能够客观、准确分析出社会学、心理学及犯罪学方面信息;能够以犯罪学、心理学及经济学理论来理解行为;拥有能有效与建设性运用权威的能力。[③] 在美国,基本上缓刑官为接受过本科教育、三十至三十九岁并有5至10年相关工作经验的男性。[④] 约有半数的机构需要心理测试。一旦被录取后,通常需参加6周职前训练和在职培训。以得克萨斯州为例,得克萨斯未成年人缓刑委员会要求缓刑官必须具备学士学位,具备一年研究生课程学习或一年社会工作经验,并完成40小时的培训认证。

缓刑官工作业绩和缓刑效果与成败休戚相关。一般来说,缓刑官负责三个方面的工作:其一,对提起到少年法院或家事法院的未成年人案件进行

---

① 杨兴培、吕洁:《中国内地与香港刑法中缓刑制度的比较研究》,载《中国刑事法杂志》2009年第3期。

② Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 20.

③ Del Carmen, Rolando and Chad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 311.

④ Torbet, Patricia. (1996). Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

收案筛选;其二,对未成年人安置结果提交建议报告;其三,对已判决的问题少年进行缓刑监督。具体来说,缓刑官通常需承担四类职责,即调查(investigation)、收案(intake)、诊断(diagnosis)与处分监督(treatment supervision)。其中,调查系指在安置听证前收集涉案少年信息向法官提供适当安置建议;收案则是缓刑官就案情会见涉案少年以确定法院是否应正式受理;诊断乃指缓刑官分析涉案少年人格及确定何种处分措施对其矫正最为有效;至于处分监督,则是指在问题少年被裁定执行缓刑后,缓刑官需评估处分措施的有效性。[①] 台湾地区《少年事件处理法》第 19 条规定,"少年调查官调查该少年与事件有关的行为、其人品格、经历、身心状况、家庭情形、社会环境、教育程度及其他必要事项,提出报告,并附具建议。这些特殊任务即是为适应少年司法矫正目的而设立的"。为了应对突发事件,美国未成年人缓刑官在一定条件下还拥有逮捕权,但一般不会携带枪支。

四、我国未成年人缓刑存在的主要问题及建议

(一)我国未成年人缓刑存在的主要问题

1. 未成年人缓刑数量及比例不高

多年来,缓刑一直是制约我国非监禁刑处分推广的瓶颈之一,发展较为滞后。与国外相比,我国无论是在未成年人缓刑绝对数量还是适用比例方面都远远不及。以美国为例,仅 2002 年一年,在全美少年法院受理的 160 多万起未成年人案件中,38% 的少年被判处缓刑处分。[②] 2005 年,全美共计 556,531 名未成年人被判处缓刑,较 1985 年上升了 23%。[③] 据统计,1999 年 我国的缓刑适用率仅为4.86%,2000年为15.85%,2001年也不过

① Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice (2nd edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 247 - 248.

② Livsey, Sarah. (2006). Juvenile Delinquency Probation Caseload, 1985 - 2002. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice. p. 1.

③ Lawrence, Richard and Mario Hesse. (2010). Juvenile Justice: The Essentials. Thousand Oaks, CA: Sage Publications. p. 226.

14.71%。[1] 各地法院适用缓刑的标准差异较大，有些法院适用缓刑数量很少，甚至有些法院几乎不使用缓刑。[2] 而专门针对未成年人的未成年人缓刑比例更低。

2. 未成年人缓刑适用条件、范围及考察标准过于笼统、原则

我国目前尚未建立符合未成年人身心特点、相对独立的未成年人缓刑制度，实体法及程序法亟待立法健全。从实体法上看，对未成年人缓刑适用条件、考察内容及缓刑撤销等具体问题均未作明确规定，相关规定未充分考虑成年人与未成年人的个体差异性，且对"犯罪情节"、"悔罪表现"及"确实不致再危害社会"等关键条款缺乏具体的可操作性规定。如我国《刑法》第72条规定，"对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的不满十八周岁的犯罪分子，如同时符合犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险、宣告缓刑对所居社区没有重大不良影响等条件，可以宣告缓刑"。但如何具体适用未成年人缓刑，现有法律笼统以犯罪情节轻重、有无悔罪表现等概之，过于抽象，缺乏针对未成年人身心特点的具体、客观的辅助标准，以致实务中难以操作。

3. 未成年人缓刑部门专业化滞后

缓刑部门专业化建设严重滞后也是造成我国当前未成年人缓刑适用发展迟缓的制度性缺陷之一。依《刑法》第76条规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正。

目前，司法部新近成立了社区矫正管理局，与基层司合署办公。各省、市、县社区矫正局特别是未成年人缓刑机构建设仍任重道远，相关工作人员的专业知识与素养亟待提高。

4. 未成年人缓刑社会化水平不高

法官一锤定音，但未成年人缓刑所衍生的一系列社会问题却不会因此戛然而止。《利雅得准则》特别强调了"社会化过程"，第2条要求"要成功地预防少年违法犯罪，就需要整个社会进行努力"。不同于监禁刑，

---

① 郭建安：《社区矫正制度：改革与完善》，载 陈兴良主编《刑事法评论（14卷）》，北京：中国政法大学出版社2004年版，第317页。

② 司法部社区矫正制度研究课题组：《改革和完善我国社区矫正制度之研究（上）》，载《中国司法》2003年第5期。

缓刑作为社区矫正中最常用的处分措施，在适用上与社区息息相关，社会化程度特别是社区参与度直接影响未成年人缓刑成败。受社会价值观多元化、城乡两元化、贫富差异化、社会阶层重组化等影响与制约，未成年人缓刑在监管经费、人员编制、监管力度、少年犯再就业就学、反歧视等方面步履艰难。各级共青团、妇联、工会等群众社团、非政府组织特别是公益性草根组织、新闻媒体及普通群众对未成年人缓刑的理解、关注与支持有待进一步加强。

（二）完善我国未成年人缓刑的建议

1. 正确理解“宽严相济”政策，合理确定未成年人缓刑适用对象

不同于成人缓刑，未成年人缓刑适用有时会出现一边倒的趋向，即单纯主张扩大未成年人缓刑适用。本书作者认为，不能一概而论、盲目扩大未成年人缓刑适用范围。① 需准确把握“确实不致再危害社会”，对大多数初犯、胁从犯或从犯、对社会危害性较小且本人确实有悔罪表现的未成年犯可扩大缓刑适用，但对于少数虽系初犯，但社会危害性大且本人无悔罪表现的未成年犯也可不适用缓刑。

身份过错（status offense）指未成年人实施的，而若成年人实施相同行为则不会被认为是犯罪的违法行为，如逃学、离家出走、吸烟饮酒等。除了未成年刑事犯外，建议将身份过错犯列入未成年人缓刑适用对象，这也符合国际潮流及通行做法。

2. 加强未成年人缓刑立法，建立、健全未成年人缓刑相关制度

在整合现有《未成年人保护法》与《预防未成年人犯罪法》两部未成年人保护基本法上，我国尚亟出台《少年法》与《儿童福利法》，并单章规定“未

---

① 在比较法视野下，不难发现各国及地区对未成年犯大多采取缓刑处分，这也是少年司法的国际趋势之一。但需要注意的是，一些对未成年犯广泛适用缓刑的国家，如美国，其起刑点远较我国为低。在这些国家被确认为轻微犯罪而适用缓刑的案件，在我国可能属于治安案件构不成刑事案件。换言之，某些不构成我国刑法典所规定犯罪构成要件之不法行为在他国却可能构成轻微犯罪而适用缓刑适得其所；而某些我国刑法典所认定之犯罪行为在他国可能已属严重犯罪，这样被判处缓刑的概率就可能大打折扣。简言之，是否对未成年犯一概适用缓刑不能一刀切，而要进行个案研究。

成年人缓刑的执行”。在酝酿《少年法》短时间困难的前提下，也可由全国人大常委会制定单行《未成年人缓刑执行法》，或由最高人民法院、最高人民检察院、公安部及司法部联合颁行《未成年人缓刑执行若干问题》，以切实规范未成年人缓刑适用，明确各部门的职权职责。

同时，参酌有关国际公约及国外先进经验，以研究、制定和颁行相关法律为契机，逐步构建中国特色未成年人缓刑制度，包括完善缓刑宣告前调查与评估制度、缓刑听证制度、监督监管制度、考察标准与条件、缓刑撤销标准与条件、分类管理制度、前科消灭制度等内容。以未成年人缓刑考察标准为例，对切实落实未成年犯挽救非常重要。在具体内容设计上除了便于执行外，还应充分考虑未成年人独特的身心特征。本书作者建议，少年在缓刑考察期间应遵守下列事项：保持善良品行，遵纪守法，不得再犯新罪；服从未成年人缓刑部门的考察和监督，同意未成年人缓刑官得在任何时间访问，并定期向其报到以接受指导；积极参加社会公益活动；遵守未成年人缓刑部门关于会客的规定，不得与素行不良或有刑事犯罪记录之人交往；不经缓刑官许可，不得擅离所居住之市县或者迁居；不可出入夜总会、酒吧、迪厅等不正当场所，严禁酗酒，适龄未成年人缓刑必须按时正常上学、入夜后须准时回家；其他经未成年人缓刑缓刑部门指定必须遵守的事项。

3. 整合司法行政资源，提升未成年人缓刑缓刑专业化建设水平

为进一步完善中国特色未成年人缓刑制度，本书作者建议研究建立双轨制的未成年人缓刑专门机构，即专门监管与执行性质的未成年人缓刑处，以及议事与协调机构性质的未成年人缓刑委员会，两者互为补充，以前者为主。未成年人缓刑处（科）为其中重要组成业务部门，具体负责执行辖区范围内的未成年人缓刑执行和监管工作。未成年人缓刑委员会办事处设在未成年人缓刑处，采取单位委员与个人委员相结合，其中单位委员包括未成年人缓刑处、当地公检法相应业务领导、当地关心下一代工作委员会（简称关工委）及工青妇等群团组织、社会公益组织等，个人委员包括来自学术界的专家学者、社会热心及慈善人士。

为加强缓刑专业化建设水平，未成年人缓刑处工作人员应由熟悉未成年人身心特点，掌握相关专业知识，热心从事教育、挽救失足少年的工作，作风正派，责任心强，有较强工作能力的人员担任。上述专业知识包括未成年

人保护相关的法学、犯罪学、心理学、精神医学、教育学、社会学及社会工作学等专业学识。

4. 建立社会帮教体系，切实、有效推动未成年人缓刑社会化

《利雅得准则》第4条要求，“预防政策的重点应促使所有儿童和青少年尤其是通过家庭、社区、同龄人、学校、职业培训和工作环境以及通过各种自愿组织成功地走向社会化和达到融合”。在充分发挥未成年人缓刑专门机构专业化优势的前提下，应加强整合社会各方面资源，特别是共青团、关工委、妇联等团体，联合落实未成年人犯监管帮教措施，建立未成年人缓刑的社会帮教体系。

未成年人流动性大，加上我国尚未健全社会信誉评价体系，司法实践中很容易出现未成年缓刑犯脱管的情形，而少年犯与所在社区较为稳定的互动则为未成年人缓刑社会化应有之义。本书作者建议，因地制宜，建立缓刑双保证人制度与缓刑保证金制度。缓刑双保证人制度是指除了当地司法所专司未成年人缓刑的专职工作人员担任保证人外，尚由社区中社会责任心强、热爱未成年人保护事业、有较充分时间保障的热心人士担当共同保证人的制度。为切实调动有关人员的积极性与责任心，地方财政可参照该地聘用人民调解员报酬标准适当予以补贴。而保证金制度则是缺乏共同保证人前提下，指令未成年人缓刑犯、其父母或监护人向当地司法行政机构机关缴纳一定数额的保证金，保证在缓刑考察期内不会未经许可离开居住地或迁居，否则没收保证金的制度。

第三节 善后辅导与未成年人假释

宜听古诗，宜闻鼓琴，宜道嘉言善行，宜阅贤孝节义图画，宜劳逸以节，动止以礼，则生子形容端雅，气质中和。[1]

——《许云邨贻谋》

① 《许云邨贻谋》。

一、未成年人善后辅导概说

(一)善后辅导与未成年人假释的概念

视乎地域与司法结构不同,假释定义有所差异。假释(parole)一词源于法文"parole d' honneur",意为"以名誉担保",日语称为"假出场",现在该词多指对犯罪人附加条件将其提前释放的刑事司法制度。在我国,保外就医是以监外医疗救助为目的的假释执行方式之一。关于假释的性质,我国台湾犯罪矫正学者黄征男有精辟论述。在他看来,假释是不定期刑制度之一种,亦是犯罪学实证学派所主张"更生重建"哲学(rehabilitation philosophy)与医疗模式(medical model)下的产物,其目的是希望对于在监服刑之受刑人于一定期间后,表现良好,具有后悔向上实据,乃附条件予以提早释放的制度,以激励受刑人改过自新、重新做人的更生意愿。[①]《北京规则》特别说明,"若情况允许,应采取假释,不一定要服满刑期。当表明有改过自新、进步良好的证据时,甚至在监禁时曾经被认为危险的罪犯,在可行时,也可予以假释"。该规则第 28.1 条敦请,"有关当局应尽最大可能并尽早采用从监禁机关假释的办法"。

而善后辅导(aftercare)又称释放安置、后社区处分、续顾服务、保护观察,系指通过与社区合作和安排,帮助释放回家的未成年人重返社区的再融合措施。原指病后护理,相当于成人司法中的假释。但是对刑满释放的未成年人所进行的辅导并不是仅仅从其释放回家那一刻才开始的,而始自量刑并贯穿监禁与释放等不同阶段。善后辅导需要构建一系列无缝且跨越正式与非正式的社会控制网络,此外连续而不间断的旨在避免未成年人反社会倾向的社区监督机制不可或缺。[②] 本书对这一术语的引介意在说明其与成人假释在法律文字与概念上都存在差异。

善后辅导既提供监督,又向未成年人提供若干服务。假释少年不但在

---

① 黄征男:《从刑事政策演进探讨"我国"假释制度现况与发展》,载(中国台湾)http://www.tcd.moj.gov.tw/public/Attachment/5111717483428.doc,2007 年 11 月 2 日。

② Gies, Steve. (2003). Aftercare Services. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice. p. 1.

其监禁期间接受严格监督，而且在其受社区处分情景下仍需接受严格监督。其目的在于在帮助未成年人重返社区的同时，亦确保公众安全不受负面影响。需要说明的是，随着少年司法成人化趋势的加深，即便是在美国，官方也越来越趋向于适用“未成年人假释”或“少年假释”(juvenile parole)这一术语而非善后辅导。

(二)未成年人假释的沿革

作为不定期刑的重要组成部分，假释的出现并非一蹴而就，而有其深刻的历史根源。现代假释概念是从有条件赦免、依照契约学徒、流放、释放证制度和19世纪美国监狱改革等结合演变而来的。① 假释肇始于澳大利亚，1790年埃瑞斯·菲利浦(Arithur Philip)对行状善良、作业成绩良好的犯罪人赦免其刑期，为附条件释放。② 不过缓刑概念的出现常被认为是苏格兰人亚历山大·麦克诺奇(Alexander Maconochie，1787—1860)与爱尔兰人沃尔特·克鲁夫敦(Walter Crofton，1815—1897)的功劳，并以前者为甚。

麦克诺奇与假释之间的传奇可最早追溯到1811年。当时麦克诺奇因海难而身陷囹圄两年之久，这一段特殊经历也造就了他对监狱生活及自由的切身感受，这为其后来所进行的一系列试点提供了难得的体验与素材。1840年前后，麦克诺奇被委以重任，执掌英国位于澳大利亚新南威尔士的诺福克岛殖民地。在他看来，对犯罪人实现个别化处分至关重要，犯罪人已经为过去罪行受到惩罚，但其“将来”可通过培训来实现自新。他规定以劳动刑取代时间刑，适用“计点记分制”(marks system)作为测定劳动的方法。在该体制之下，犯罪人经严格监禁到附条件释放到最后完全自由三个阶段，其晋升全凭所得点数而定，分数累积到一定数量便可获释。而这些点数的获得可通过劳务、学习与品行端正来实现。其中的第三个阶段也就是所谓“附条件的释放票”(conditional liberty with a “ticket of leave”)，即为今天之

---

① [加]西莉亚·布朗奇菲尔德，郭建安译：《两百年刑罚史体味文明演进：刑罚的故事》，法律出版社2006年版。

② 林茂荣、杨士隆：《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版)，台北：五南图书出版公司1999年版，第125页。

假释。只要犯罪人遵守“释放票”附着的释放条件，他们就可以居留在高墙之外。不过，若是有犯罪人敢以身试法、违反释放条件，会即刻被捉拿归案，其原先所累积的分数全部归零，要想再次获得假释还得重新来过。[①] 正因其创设的“计点记分制”为假释不可或缺的内容，麦克诺奇被誉为“假释之父”(father of parole)。1853 年，英国议会通过《刑罚劳役法》(*Penal Servitude Act*)，明确引入“释放票”制度，并由警方监管，逐步废止了流放刑(banishment)。

曾出任“爱尔兰徒刑监狱”(Irish Convict Prison)监狱长的克鲁夫敦是另外一位假释制度的早期先行者与实践者。在参考上述麦克诺奇“点数制”与“累进制”的理念与试点后，克鲁夫敦于 1855 年在爱尔兰施行“释放票”制度。依据这一制度，假释分为四个阶段。在第一个阶段中，犯罪人获得九个月的“单独监禁”(solitary confinement)处分。在前三个月中，犯罪人可以整天无所事事，因为克鲁夫敦认为在这百无聊赖的 3 个月后，即便是最懒惰的犯罪人也想找点事情打发时光。之后的六个月，狱方将向犯罪人提供全方位指导，包括技能培训与宗教感化。进入第二阶段后，犯罪人会进入特殊监所中与其他狱友朝夕相伴，他可以利用这段时间累积分数以便进阶。到了第三个阶段，犯罪人会被转移到“公开监所”(open institution)，在那里他可能获得“释放票”。最后获得假释的犯罪人须即刻到当地警长处报到，此后尚须每月前往报告，而这将一直持续到其刑期届满。[②] 同样地，“释放票”详细罗列了诸如不可虚度人生、不得与行为不检者勾勾搭搭及缺乏可见的支持手段等假释条件。一旦犯罪人违反，则会被立即送回监狱。克鲁夫敦的努力为当代假释制度之滥觞。

在美国，对少年实行假释可追溯到 19 世纪早期庇护所实行的“契约系统”(system of indenture)。通过学徒工式的劳作，庇护所认为问题少年最终可以被矫正。庇护所与问题少年的监护人达成协议，约定男性二十一岁、女

---

① Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 465.

② Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. pp. 527 - 528.

性十八岁以前由前者裁定是否应当予以释放。① 早期假释与缓刑的区别在于前者出于经济考虑,而后者更多从人道主义考虑。② 假释在美国发展比较缓慢,1846 年马萨诸塞州成为第一个运用假释制度的州,到 1880 年仅有 3 个州建立此制度。不过在此之后,假释的建立速度明显加快,到 20 世纪初大部分州均设有假释。③ 在联邦监狱方面,1910 年每个联邦监狱都有自己的假释委员会(Board of Parole)④审查假释,并于 1930 年由国会创设美国假释委员会(U. S. Board of Parole)来取代各联邦监狱的假释委员会。在中国,1913 年 2 月 25 日,南京国民政府司法部颁布《假释管理规则》。该规则第 1 条规定,"假释者须受居住地警察监督"。第 13 条规定,"警察监督假释者行状良否、职业生涯种类及勤惰亲族关系"。

假释在其发展过程中也遭到不少质疑,特别是来自对假释人要求过于苛刻的担心。现在假释适用不但条件更趋严格,而且难度亦逐渐加大;不但如此,美国许多州走得更远:在这些地方,假释已被废除,即使有所保留,也是名存实亡,名至而实不至了。1976 年,缅因州成为美国首家废除假释的州。时至今日,加利福尼亚州、伊利诺伊州、印第安纳州、康涅狄格等州已经废除或减少使用假释。1984 年,美国国会通过《统合犯罪控制法》(*Comprehensive Crime Control Act*),该法案规定联邦监狱受刑人的假释于 1992 年 12 月前必须废止,而以前已假释出狱人的保护管束业务交由联邦政府负责。不过有意思的是,有些业已废止假释的州又先后恢复使用假释。例如,科罗拉多州于 1985 年废止假释,但又于 1993 年重新恢复使用。而在佛罗里达州,则给予假释监督机构另外一个名字——"缓释局"(controlled release authority)。

(三)未成年人假释的条件

像缓刑一样,假释亦是附条件的,如罪犯"行为良好",参加社区教改方

---

① Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice in America: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 560.

② Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 257.

③ Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. pp. 466 - 467.

④ 该委员会通常由各监狱长、医疗人员以及各州司法部的监督人员组成。

案、重返社会训练所居住等。我国《刑法》第84条规定，被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定："遵守法律、行政法规，服从监督；按照监督机关的规定报告自己的活动情况；遵守监督机关关于会客的规定；离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。"

萨马哈认为，假释包括附条件释放（conditional release）、监督（supervision）与违反（revocation）三个组成部分。其中"附条件释放"系指在刑期届满之前将犯罪人在附加条件下予以释放，"监督"是指国家对获释的犯罪人所进行的持续到刑期届满的监督与管理，而"违反"则是指对有条件释放的附加条件的违反。① 与大赦与减刑不同，假释人仍被视为正在服刑的犯罪人，只不过是将服刑地点与服刑条件进行若干变化而已。假释系传统监禁刑的替代，一旦服刑人违反假释条件，无论是违反访客规定、宵禁、未经批准擅自离开常住地等技术性违反，还是触犯新罪，其结果都可能导致假释违反，而被判重新入监，甚至引发新一轮的刑事诉讼。

二、未成年人假释的运作程序与机构

（一）假释申请与未成年人假释决定的作出

在犯罪学家史蒂夫·吉斯（Steve Gies）看来，行之有效的善后辅导需要包含这样一些内容：针对高危罪犯；关注包括认知、态度教育、同侪联系、药物滥用、权威、工作行为和人际关系等因素；机构处分与社区处分的无缝衔接；严守既定计划设计；密集和长期（9个月至2年或更长）辅导；采用认知与技能培训为导向；以系统化的合作建立一个全面的支持网络等等。② 以科罗拉多州未成年人假释委员会（juvenile parole board）为例，绝大多数听证会由两人听证小组完成。每个月，9名委员轮流参加2至4次听证，平均每年听证114次。从2000年起，该委员会开始通过视频会议（video conference）形式举行听证会。到目前为止，此类听证已占到委员会所有听

① Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 466.

② 黄征男：《从刑事政策演进探讨"我国"假释制度现况与发展》，载（中国台湾）http://www.tcd.moj.gov.tw/public/Attachment/5111717483428.doc，2007年11月2日。

证的六成左右。[①]

在对问题少年适用假释的规定上，1991 年 10 月 8 日最高人民法院审判委员会讨论通过的《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》在第 1 条假释条件中明确，同时具备以下四个方面情形的，应当认为是确有悔改表现：认罪服法；一贯遵守罪犯改造行为规范；积极参加政治、文化、技术学习；积极参加劳动，爱护公物，完成劳动任务。第 9 条规定，"为了贯彻对未成年犯教育、感化、挽救的方针，对未成年犯的减刑、假释在掌握标准上可比照成年犯依法适度放宽。未成年犯能认罪服法，遵守罪犯改造行为规范，积极参加学习，完成一定劳动任务的，有悔改表现而又不致再危害社会的，可以假释"。《监狱法》第 32 条规定，"被判处无期徒刑、有期徒刑的罪犯，符合法律规定的假释条件的，由监狱根据考核结果向人民法院提出假释建议，人民法院应当自收到假释建议书之日起一个月内予以审核裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月"。司法部于 1999 年 12 月 18 日发布实施的《未成年犯管教所管理规定》第 57 条规定，对问题少年的减刑、假释，可以比照成年犯依法适度放宽。

就未成年人假释决定的作出，以科罗拉多州为例，该州未成年人缓刑委员会对裁定假释与否需将"儿童最佳利益"与公共利益结合起来。按照其议事规则，缓刑委员会通常需要考虑以下九点内容，即所犯之罪的数量与严重性以及既往犯罪史、少年机构性调整（institutional adjustment）、存有可行的假释安置和充分的社区配套措施、少年对"周末通行证"（weekend passes）及其他社区施放的调整、未成年人矫正效果评估、少年是否尚有未判指控及未来再犯同样罪行、少年与假释监督的合作意愿、少年对法院对其施加的假释资格限制的完成情况及未成年人矫正机构的风险评估分数等。[②]

（二）未成年人假释机构及人员组成

在美国，针对善后辅导和未成年人假释的机构主要是各州未成年人

① Juvenile Parole Board. (2004). Juvenile Parole Board Welcome. Retrieved November 26, 2005, from http://www.cdhs.state.co.us/jpb.

② Juvenile Parole Board. (2004). Juvenile Parole Board Parole Decision Criteria. Denver, CO: Colorado Department of Human Services.

假释委员会。在黄征男看来，假释委员会主要功能包括，“评估呈报假释受刑人数据并决定核准或驳回其假释、决定假释出狱受刑人是否应该被撤销假释、对于收容的少年犯进行评估以决定是否给予释放、当减轻刑度或新的申辩理由被提出时，认可受刑人的免刑或转换刑期、提供成年假释出狱人的辅导监督、在各州司法管辖权范围内提供调查及监督服务、允许死刑之暂缓及死刑减刑、回复假释出狱人的行政及政治上权利、检视各种不同的判刑并提供州长适当的减轻其刑决定以及检视州长所作免刑或减轻刑期决定”。①

仍以科罗拉多州未成年人假释委员会为例，该委员会是负责核定签发、否决、修改、暂停或撤销及附条件假释少年的部门。由 9 名成员组成，其中 5 名公民代表及来自相关机构的 4 位代表。所有委员均须州长提名并由该州参议员任命方可走马上任。其中，4 名州机构代表来自教育厅（Department of Education）、劳动与就业厅（Department of Labor and Employment）、公共安全厅（Department of Public Safety）及人力服务厅（Department of Human Services）。而上述 5 名公民代表，其中一人必须来自西科罗拉多，一人必须是地方民选官员，而其他三名可来自普通公众。未成年人假释委员会每月碰头一次，以检讨委员会的政策和前一个月的听证会，听取就假释决定上诉及委员们意见分歧的案件，并参加培训。此外，只有委员会全体会议方有权作出少年暴力犯的假释裁定。②

除假释委员会外，善后辅导员（aftercare counselors）需要逐案进行家庭评估（home assessment），对释放设定一定条件，制定服务计划，保持与未成年人联系以及与相关机构密切协作。以纽约市为例，1999 年 9 月时该市善后辅导员的工作量为 12.2—26 案例/人。③

① 转引自黄征男：《从刑事政策演进探讨“我国”假释制度现况与发展》，载（中国台湾）http://www.tcd.moj.gov.tw/public/Attachment/5111717483428.doc，2007 年 11 月 2 日。

② Juvenile Parole Board. (2004). Juvenile Parole Board Parole Decision Criteria. Denver, CO: Colorado Department of Human Services.

③ Citizens' Committee for Children. (200). Returning Home: A Look at Aftercare Services Provided to Delinquent Youth. New York, NY: Citizens' Committee for Children. p. 2.

三、未成年人假释的违反

对于假释撤销(parole revocation),美国法在假释人权利保障上有比较详细的规定。在"莫里斯诉布儒尔"(*Morrissey v. Brewer*)一案中,联邦最高法院指出,虽然假释撤销不需要赋予假释人全盘权利,但其自由又与宪法第十四修正案中的正当程序条款息息相关,因而需要非正式的撤销听证。联邦最高法院要求假释听证应符合这样一些最低要求,包括书面通知假释违反、向假释犯披露对其不利的证据、有机会亲自聆听和提交证据、除非特殊例外否则可对质和交叉盘问证人证言、由中立而超脱的机构如传统假释委员会来听证以及可提交书面声明。①

我国《刑法》第86条规定,被假释的犯罪分子,在假释考验期限内犯新罪,应当撤销假释,实行数罪并罚。在假释考验期限内,发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销假释,实行数罪并罚。被假释的犯罪分子,在假释考验期限内,有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为,尚未构成新的犯罪的,应当依照法定程序撤销假释,收监执行未执行完毕的刑罚。

第四节 未成年人中间制裁(惩处)措施

人生小幼,精神专利,长成已后,思虑散逸,固须早教,勿失机也。②

——颜之推

① Morrissey v. Brewer, 408 U.S. 471(1972).

② (北齐)颜之推:《颜氏家训》。

一、未成年人中间制裁(惩处)措施概说

(一)中间制裁(惩处)渊源与发展

20世纪五六十年代曾盛行一时的,以矫正为目的的中途之家、宵禁等传统社区处分模式虽有一定效果,但在解决累犯率等问题上仍是弊端不断。1976年,美国总统法律执行与司法行政委员会更是一针见血地指出,“受刑人愈浸淫于犯罪矫正过程,其愈受矫正机构惩处气氛之钳制,而复归社会将更加困难,矫正过程应致力于清除受刑人回归社会之障碍”。[①] 而传统监禁刑则要求大量资金与人员运作,其结果是不但人满为患,远不能容纳日益增多的犯罪人,监狱运作亦举步维艰,险象环生。有鉴于此,各州都积极探寻所谓的“替代监禁”(alternatives to imprisonment)措施来弥补机构矫正与社区处分的诟病。这样一种名为“中间制裁(惩处)”(intermediate sanctions/treatment)的措施便呼之欲出,并迅速得到发展。

(二)中间制裁(惩处)的概念与特征

以社区为主要依托的中间制裁(惩处)措施,又称创造性量刑(creative sentencing)或中庸制裁措施,起初是介于标准缓刑与传统监禁刑之间的折中刑罚,包括从密集缓刑监督(intensive probation supervision,简称IPS)到不设防监禁措施(non-secure custodial program)。认知行为干预(cognitive-behavior intervention)与参与解决问题的活动(participatory problem-solving activities)相辅相成,为减少累犯率具有较大作用。

中间制裁(惩处)措施兼具监禁刑与缓刑的优点,在一定程度上避免了两者的缺陷。与监禁刑相比,中间制裁(惩处)措施花费较少且多一些自主权;而与缓刑相比,因控制力度大而累犯率较低。中间制裁(惩处)措施实际上也体现了“宽严相济”的刑事政策,可为我国司法界借鉴适用。

---

① 转引自邓煌发:《社区处遇之探讨》,载(中国台湾)《警学丛刊》1999年第3期。

二、未成年人中间制裁(惩处)的类型

中间制裁(惩处)形式多样,包括集约缓刑(intensive probation)、自家监禁(home confinement)、电子监控(electronic monitoring)、新兵训练营(boot camps)、当天汇报中心(day-reporting centers)与每日罚款(day fines)等。[①]《北京规则》第29.1条敦请各国"应努力提供帮助少年重获社会新生的半监禁式办法,如重返社会训练所、教养院、日间训练中心及其他这类适当的安排办法",这里的"半监禁式办法"类似中间制裁(惩处)。

(一)新兵训练营

新兵训练营被认为是对未成年初犯替代监禁或缓刑的有效措施。所谓新兵训练营(boot camp),又称工作训练营(work camps)、挑战营(challenge camps)、震撼监禁(shock incarceration)与动机营(motivational camps),系指借用军队模式下严格纪律的环境,限制犯罪人的活动自由,让其参与工作与社会服务,并提供适当教育及辅导的短期刑罚方式。新兵训练营源于军队,原指为适应全新军事生活而对新兵所采取的一系列休克式转换,其注重大运动量与体能训练,强调无条件服从的军队招募训练。在成功完成训练后,新兵应从头至脚、里里外外成为一个全新的人。少年司法语境下的新兵训练营主要针对未成年初犯以替代监禁和缓刑,特定情形下年轻成年犯也可成为其营员。新兵训练营根源于震撼监禁,能有效地中止犯罪人的一些不良习惯。截至1995年,全美共有120余所新兵训练营,其中75所州成人训练营、30所少年训练营,另有18所郡级训练营。[②]

就严厉程度而言,新兵训练营介于监禁与缓刑之间,较监狱限制小,但比缓刑严厉。新兵训练营通常需要未成年人在其中服刑三至六个月不等,而这最高可被冲抵入狱十年。不过服刑时间与在营时间的具体换算办法因

---

① 就中间制裁(惩处)的性质,美国学者对此仍有一定争议,除了主张其介于机构处分与社区处分之间的折中刑罚外,也有学者认为其大体仍可视为社区处分。

② Parent, Dale. (2003). Correctional Boot Camps: Lessons From a Decade of Research. Washington, DC: Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice. p.2.

各州而异。若未成年人未能服完刑期,仍需在监狱执行原定刑罚剩余年限。营员需要按照要求参加军事化操练与队列训练及野地露营等活动。新兵训练营既可白天开营,也可全天候开营;既可由政府开办,也可由私人机构开办。而作出是否将问题少年送付新兵训练营的有权机关因州而异,一般法官、监狱长及假释委员会为不二人选。除了原有的军事化操练这些既定科目外,近年来新兵训练营逐步加大了对教育、辅导、职业训练、瘾君子矫治等方面的投入,效果比较明显。

为实现所谓“快速修复”(quick-fix solutions),新兵训练营还以训练环境苛刻著称。某些训练营在招募广告中宣称“直接吓阻孩子”(scare kids straight)或“帮助偏差少年矫正不良习性”(help deviant adolescents improve their behavior),并夸下海口“97%父母赞不绝口”(97% parent satisfaction)。[①] 要在相对有限的时间内实现对问题少年的矫正甚至是革新并不是件容易的事,所以新兵训练营在具体处理问题少年的方式上就显得比较功利而急于求成,态度粗暴、手段严厉也就成为屡禁不止、司空见惯的现象。据美国《纽约时报》报道,自创设以来全美已有至少30人死于新兵训练营。有鉴于此,一些州也对新兵训练营开始有所反思。[②]

新兵训练营的直接目的在于减少累犯率,特别是尽量减少未成年初犯再犯率,但实际效果却不尽如人意。依据2003年美国国家司法研究院(National Institute of Justice)一项对10年期新兵训练营研究汇总发现,虽然对矫正未成年人心态与行为方式有一定效果,但除极个别例外,尚未发现新兵训练营能够有效减少未成年人的累犯率。[③] 新兵训练营在其他国家移植成功的案例也不多,大多是因国情不同,且新兵训练营常为人权团体所诟病。第一所加拿大新兵训练营于1997年在安大略开营,目前加拿大新兵训练营具有其自身特点,仅对十七岁以下男性未成年人开放。不同于美国可

---

① Wikipedia. (2007). Boot Camp (Correctional). Retrieved September 5, 2007, from http://en.wikipedia.org/wiki/Boot_camp_(correctional).

② Avila, Jim and Sarah Koch. (2007). Boot Camp Death-Caught on Tape. Retrieved March 13, 2008, from http://www.abcnews.go.com/2020/story? id=2751785&page=1.

③ Parent, Dale. (2003). Correctional Boot Camps: Lessons From a Decade of Research. Washington, DC: Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice. p. II.

以进入新兵训练营来抵冲或削减刑期的做法,加拿大并不限定驻营时限。因受限于《加拿大权利和自由宪章》关于反酷刑的规定,营员进入新兵训练营须完全出于自愿。

(二)自家监禁

自家监禁(home confinement),又称家庭逮捕(home arrest)、居家拘留(home detention)、软禁或家居隔离,是指将原本应当收容于监所的犯罪人,强制拘禁于其自家宅中,并限制其深夜游荡及周末进出自由的处分措施。自家监禁本身并非刑罚,而是缓刑、假释、监督释放(supervised release)和预审释放(pretrial release)的附带条件。被监禁人并非与世隔绝,而是在与社会近似的环境下生活、学习和改造,仍可以工作、上学、看病、礼拜或进行其他经批准的社会活动,但受到严格监控。为加强监控能力,自家监禁往往配合利用电子监控。

自家监禁与刑罚的历史一样久远,据圣经记载圣保罗被判在罗马自家监禁达两年之久。在美国,自家监禁历史上曾被用来实施政治控制与法西斯压制。① 1984 年,佛罗里达州首次将自家监禁正式引入刑事司法系统。自家监禁对于瘾君子效果明显,但对未成年人适用尚不多见,主要原因在于缓刑在少年司法中的广泛运用。2002 年,仅经"联邦缓刑与预审局"(U. S. Probation & Pretrial Service)监管的自家监禁犯罪人数便高达 1. 8 万人。②

通常来说,家居隔离包括宵禁、家居拘留及家居监禁三种形式。其中宵禁要求参与者必须每天特定时间在家;居家拘留要求除预先核准的活动如务工、礼拜、看病、出庭外,参与者应随时在家;家居监禁(home incarceration)更为严厉,要求被隔离人除非看病、出庭或者其他法院核准的事项外,24 小时均不得外出。家居隔离之目的取决于其在不同刑事司法阶段的运用。通常情况下,家居隔离旨在限制被监禁人的活动,以保护公众免

---

① Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 221.

② Office of Probation and Pretrial Services Administrative Office of the U. S. Courts. (2003). Home Confinement. Washington, DC: U. S. Probation & Pretrial Service. p. 1.

受其扰。在预审案件中，家居隔离是用来保证被告人出庭的替代羁押方式。家居隔离比经常性监督严格，但比监所监禁宽松。而在审后，法院亦可将其作为对违反监督的制裁。

与传统监所监禁相比，对低危险性未成年人实施自家监禁可以省却政府大量花销，相当于拘留的四分之一，[①]且有利于未成年人父母及其家人就近、随时对其进行辅导。同时未成年人仍可照常上学。然而自家监禁也招致不少批评，因为政府的手已触及"家"这个社会基本细胞，尤其是在西方信奉"个人家即为个人城堡"及"风能进，雨能进，国王军队不能进"法谚的状况下更是如此。[②]

（三）电子监控

电子监控又称"标注"（tagging），是指采用远距离监控仪器与技术，以确定犯罪人是否在预先核准的时间、地点出现的中间处分措施。作为标准缓刑的替代措施，电子监控可适用于未成年初犯、轻罪犯罪人、瘾君子、保外就医及性犯罪人等。一旦仪器显示未成年人擅自篡改程序与硬件，或者未在指定时间与地点出现，即可报告监控部门。

电子监控最早由美国心理学家罗伯特·斯科维兹格贝尔（Robert Schweitzgebel）于20世纪60年代提出，当时称为"电子缓刑"（electronic parole）。他设计出的便携式无线电遥测器，将信号传送至类似导弹追踪仪的装置以确定携带者具体行踪。电子监控直到20多年后才开始被援用至犯罪矫正之中，其问世颇有戏剧性：新墨西哥州法官杰克·拉弗（Jack Love）受卡通书《蜘蛛侠》（*Spiderman*）启发，认为有可能使用电子设备来监控服刑人。他说服有关专家于1983年发明了监控器。随后不久，他便判处对一自家监禁的犯罪人加施电子监控。90年代初全美共有近400个电子

---

① Office of Probation and Pretrial Services Administrative Office of the U. S. Courts. (2003). Home Confinement. Washington, DC: U. S. Probation & Pretrial Service. p. 1.

② 1763年，查塔姆伯爵在英国下议院曾作著名演讲，"最贫贱之夫可寓其寒舍而傲视王军。寒舍或许单薄—顶可摇颤—风可穿堂—风暴可侵—雨水可进—但英王不能入内；英王全军不得跨越那残舍之门槛"。

监控项目,而事隔近十年后的1998年,这一数字已飙升至1,500个。[①] 电子监控现已在美国、英国、澳大利亚、新西兰、新加坡、南非、日本及加拿大等法域广泛使用。

依2005年通过的《性侵害犯罪付保护管束加害人科技设备监控实施办法》,我国台湾地区用"电子监控"监控犯罪情节严重的性罪犯。鉴于电子监控在社区矫正中的作用,大陆司法实务界在消化吸收的基础上先后开发出社区矫正移动信息管理系统等系统,类似西方电子监控的社区矫正模式在我国江苏省南京、苏州及浙江省温州等地悄然兴起。如通过"温州市社区矫正工作管理系统"系统,可有效监管矫正对象的活动状态和所在位置,具有实时监控的功能,能进行矫正对象的实时定位和身份识别。为防止矫正对象人机分离或"金蝉脱壳",这一系统还采用了声纹验证技术。[②]

在美国爱荷华、佛罗里达、俄克拉荷马、密执安、缅因、宾夕法尼亚、堪萨斯,电子监控适用零星运用在侦查或审判阶段的附条件释放被告、无家可归的违法者、传染病或艾滋病假释犯、怀孕而不适于收监的女犯、戒瘾中的青少年犯以及有就业、就学需求的违法者身上。[③] 电子监控可用于刑事司法与少年司法始终,包括预审、量刑与狱后三个主要阶段。在预审阶段,电子监控可用于已交付保释金的犯罪嫌疑人身上,以确保其再犯新罪及保障其按时出庭受审。这种电子监控形式最早出现于1989年的英国,其时对50名犯罪嫌疑人实施了电子监控。[④] 而在量刑中,法官可结合案情与犯罪人个人情况,适当剥夺其人身自由,其表现形式便是缓刑中电子监控的适用。至于狱后程序,则主要是针对提前释放人员而言的,以监督其有效重返社区。查证问题少年是否在规定场所现身的方法很多,主要包括直接拨打其

---

① National Law Enforcement Corrections Technology. (1999). Keeping Track of Electronic Monitoring. National Law Enforcement Corrections Technology Bulletin. Washington, DC: National Institute of Justice. p. 1.

② 周泽西:《温州社区矫正设"电子围墙" 可实时定位与身份识别》,载 http://news.163.com/09/0619/11/5C5RU7LA000120GR.html,2009年7月31日。

③ 林顺昌:《破除"电子监控"之迷思——论回归实益性之犯罪者处遇政策》,载(中国台湾)《亚洲家庭暴力与性侵害期刊》2009年第2期,第246页。

④ Black Matt, Russell G. Smith. (2003). Electronic Monitoring in the Criminal Justice System. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology. p. 2.

居所电话、利用其手腕或脚踝发射器信号或回复寻呼机呼叫以确定行踪。为防止问题少年弄虚作假,部分监控系统还加装有语言分析装置,以分辨其声音。

"电子监控"监控犯罪人的行踪,其最大优点便在于对有再犯危险的犯罪人实时监控,使其无处躲藏而预防其再犯。与传统监禁相比,电子监控费用低廉,而且犯罪人感觉有机会与家人保持密切联系,仍可上班交税并可按要求支付监管费,从而大大降低了运作成本。虽然初次安装成本相当高,但一旦系统到位,其运作成本颇低。据全美执法矫正技术中心估计,电子监控每日花费不过5至25美元,而监所关押犯罪人费用则高达50美元甚至更高。[①] 截至2008年,据对约4万名戴电子脚镣在监外服完刑期的瑞典服刑人所进行的调查发现,再犯罪比例仅占15%;与此相对应的是,在监狱里服完刑期的人当中,这一比例要高出一倍。此外,若将这些人被关在监狱服刑,该国监狱要多开支8亿多瑞典克朗(约合1.3亿美元)。[②]

在发达国家,电子监控因其对隐私权的侵犯而遭致批评。无论是连续信号器还是程控联络器都可以时刻监督未成年人举动,可谓无孔不入,而一旦未成年人未出现在预定场所或者出现在预定场所外,都可能直接导致违反监控条例而被捕。

(四)中途之家

中途之家(halfway house)又称集体之家(group home),在英国称为"保释招待所"(bail hostel),系指设置于社区,向生活困顿的犯罪人提供临时住所和基本生活需要如食品、住房的非监禁居住措施。其特点在于以社区为基础,筹措多方社会资源协助问题少年与社区重建联系,使其逐渐适应新生活。通常情形下,刑期一年以上的轻微案件犯罪人,若遵守监规且无新罪,可申请转赴中途之家服完余下的一至六个月刑期。犯罪人可利用这一难得

---

① National Law Enforcement Corrections Technology. (1999). Keeping Track of Electronic Monitoring. National Law Enforcement Corrections Technology Bulletin. Washington, DC: National Institute of Justice. p. 1.

② 参阅欧阳晨雨:《戴着电子脚镣"起舞"》,载民主与法制网,http://www.mzyfz.com/news/mag/i/20081030/095422_3.shtml,2008年10月30日。

机会外出寻找工作,但每日外出均须请示获批方可。

实际上被收容至中途之家的多为无家可归者或出狱后无处可去的犯罪人,主要包括性犯罪人与吸毒者。中途之家可分为“中途淘汰”(halfway-out)与“中途加入”(halfway-in),而前者远较后者常见。支持中途之家的认为其运作体现了双赢(win-win),即犯罪人无须入监,而公众亦可从前者工作与社会技能提升中获益,这样可以减少处分成本,还可能会降低累犯率。①

一般说来,中途之家为规模较大的非监禁性居留中心,可安置 12 至 20 人入住,入住者的年龄介于十四至十八岁之间。② 以纽约市布鲁克林区“中途之家”为例,其设施条件、外表与汽车旅馆并无多大差异,内部空间有限,每 3 人共处一室,单人床、橱柜、公用浴厕一应俱全。③ 大多数州已逐步缩小中途之家的规模,现全美居住在中途之家的不过 1 万 5 千余人。仿效英美,我国台湾地区现设有三家类似中途之家的“少年之家”,分别于 1983 年、1984 年与 1986 年成立桃园少年辅育院、彰化少年辅育院和桃园辅育院;1992 年更名为“儿童学苑”。“儿童学苑”收容对象包括 12 岁以下受感化教育宣告者、家庭遭受重大变故者或因其他重大事由无法生活者三类未成年人。这些少年白天到附近学校就读,放学后回到“儿童学苑”由教养人员予以照顾。④

北京、上海、西安等地也先后开始探索“中途之家”的试点工作。2008 年 7 月,北京市朝阳区在大陆地区率先建立“阳光中途之家”,针对部分社区服刑人和“三无”(无业可就、无家可归、无生活来源)刑释解教人员建设过渡性住宿式安置基地,向其提供最长 3 个月的临时安置、教育矫正、技能培训、就业指导、心理咨询。截至 2010 年 8 月,该“中途之家”累计开展人

---

① Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2002). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 255.

② Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p. 503.

③ [美] 毕汝谐:《美国联邦监狱探秘》,北京:中国检察出版社 2004 年版,第 144 页。

④ 林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局 2002 年版,第 314 页。

际交往训练 659 人次,49 人获得了中级职业资格证书;更引人注目的是,在此接受过教育帮扶的 757 人无一重新犯罪。[①] 不同于美国,我国目前的试点还是将"中途之家"视为社区矫正而非中间制裁处分措施。

(五)监外作业

监外作业,又称单日通行(day pass)、单日假释(day parole)、暂时释放(temporary release)、工作或教育休假(work or education furlough)与监外就业,系指犯罪人在其关押期间得以维系目前就业与就学现状的中间制裁措施。1906 年,佛蒙特州率先允许犯罪人白天返回社区工作。夫妻探视也属监外作业之一种,最早在密西西比州试行,并在 20 世纪七八十年代一度达到顶峰。

以华盛顿州斯挪合米许郡监外作业为例,在法院确定监外作业具体条件后,该郡矫正局社区矫正科负责监督这些规则的落实。这些条件包括:法院允许犯罪人工作;依据犯罪人支付能力,犯罪人尚需支付两倍于其计时工资的费用(除非法院判定每日具体金额,否则每日支付少则 10 美元,多则 50 美元);犯罪人需首付相当于 10 日的项目费用;犯罪人须保持其当前就业或就学身份;建档之日,犯罪人须向矫正官员提供其尿液与酒精测试样本;项目进展中,犯罪人需随时应要求提供其尿液与酒精测试样本;该项目持续时间至少为 10 日;法院与辅导员设定的其他遵守条件。[②]

监外就业既可以在监狱也可以在看守所进行,但"中途之家"以其宽松环境成为监外作业的不二之选。服刑人通常可在白天外出工作、晚上返回中途之家接受处分或职业培训,或者只是简单地食宿。除了从"中途之家"获取各种帮助与支持外,最为重要的是服刑人可感受到自由。[③] 大部分"中

---

① 《北京"中途之家"成为社区矫正模式的有益探索》,载 http://news.163.com/10/0809/09/6DKRTFAE000146BC.html,2010 年 8 月 6 日。

② Snohomish County Online Government Information & Services. (2007). Snohomish County Community Corrections Work/Education Release. Retrieved September 15, 2007, from http://www1.co.snohomish.wa.us/Departments/Corrections/Services/CommunityCorrections/WorkRelease.htm.

③ Mays, Larry and Thomas Windree Jr. (2002). Contemporary Corrections. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. p.255.

途之家"还要求服刑人就其工作所得支付一部分费用。

(六)当天汇报中心

当天汇报中心(day reporting center),又称"社区居留中心"(community residential center)或"社区矫正中心"(community correctional center),在澳大利亚又被称为"出席中心"(attendance center),是指犯罪人白天需要定期向居留中心汇报当日行程的中间制裁措施。除了核实犯罪人所述外,中心亦提供诸如就业辅导、社区服务及犯罪人与被害人和解等服务。作为中间制裁(处罚)措施之一种,"当天汇报中心"通常与缓刑结合适用,但还可接纳假释人、假释违反人、返家探视人及审前释放与看守所提前释放者。①

---

① Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections in America: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. p. 224.

参 考 文 献

中文参考文献

一、中 文 论 文

1. 杨崇刚:《少年法庭名称》,载《法学杂志》1994 年第 6 期。

2. 康树华:《少年司法制度发展概况》,载《法学杂志》1995 年第 2 期。

3. 康树华:《世界各国少年司法制度的基本特征》,载《法学杂志》1995 年第 3 期。

4. 吴尊友等:《云南省陇川郡男性青年吸毒危险因素分析》,载《中华流行病学杂志》1999 年第 1 期。

5. 陈欣欣:《澳门青少年犯罪问题的未来趋势及其控制对策》,载《当代青年研究》1999 年第 2 期。

6. 李伟、林金树、陈东才、杨琛、安进勇:《福建省违法犯罪青少年的个性特征研究》,载《法医学杂志》1999 年第 4 期。

7. 方潇:《秦代刑事责任能力身高衡量标准之质疑——兼论秦律中身高规定的法律意义》,载《江苏社会科学》1999 年第 4 期。

8. 林文瑛、王震武、黄富源:《青少年犯罪形成历程的学校因素探讨》,(中国台湾)台湾社会问题研究学术讨论会论文,1999 年 12 月 29—30 日。

9. 吴晓玲:《论中国封建法制的恤刑原则》,载《南昌大学学报》2000 年第 1 期。

10. 黄发源、陶芳标:《中学生饮酒行为与危害健康行为相互影响的研究》,载《安徽预防医学杂志》2000 年第 1 期。

11. 康树华:《青少年犯罪、未成年人犯罪概念的界定与涵义》,载《公安

学刊——浙江公安高等专科学校学报》2000 年第 2 期。

12. 康树华:《论中国少年司法制度的完善》,载《中国刑事法杂志》2000 年第 3 期。

13. 邓芸菁、窦刚、张锋:《少年犯人格的基本特征及其相关因素的研究》,载《中国临床心理学杂志》2000 年第 3 期。

14. 陈正宗、潘淑满:《当今青少年价值导向之质化研究》,(中国台湾)"教育部"训委会委托研究计划成果报告,2000 年 4 月。

15. 陈慈幸:《日本青少年犯罪之现状》,载(中国台湾)《刑事法杂志》2001 年第 2 期。

16. 徐月宾:《儿童福利服务的概念与实践》,载《民政论坛》2001 年第 4 期。

17. 唐亮:《中国审前羁押的实证分析》,载《法学》2001 年第 7 期。

18. 赵秉志:《未成年人犯罪的刑事责任问题研究(一)》,载《山东公安专科学校学报》2001 年第 8 期。

19. 唐亮:《中国审前羁押的实证分析》,载《法学》2001 年第 7 期。

20. 黄富源:《当前"我国"青少年犯罪原因与对策》,载(中国台湾)《"国家"政策论坛》2002 年第 2 卷。

21. 杜立:《少年帮派组织及其对策思考》,载《江苏公安专科学校学报》2002 年第 3 期。

22. 詹火生、孙壹凤:《"我国"少年安置服务政策分析》,载(中国台湾)《"国政"研究报告》社会(研)091-016 号,2002 年 5 月 31 日。

23. 林佳范:《从少年不良行为到犯罪行为的法令体系——探寻亲师的法治教育角色》,载(中国台湾)《公民训育学报》2002 年第 12 辑。

24. 李德芬:《中学阶段未婚青少女怀孕之学校因应措施》,(中国台湾)"教育部"九十年度委托研究计划期末报告,2002 年。

25. 林秀怡、马传镇、陈玉书:《心理特质、紧张对少年偏差及犯罪行为影响之研究》,载(中国台湾)《玄奘社会科学学报》2003 年第 1 期。

26. 李慧民:《犯罪青少年个性与父母养育方式的相关研究》,载《中国学校卫生》2003 年第 4 期。

27. 陈永胜:《〈宝应元年六月高昌县勘问康失芬行车伤人案〉若干法律

问题探析》,载《敦煌研究》2003 年第 5 期。

28. 黄征男:《从刑罚本质探讨"我国"犯罪矫正发展趋势》,载(中国台湾)《司法新趋势》2003 年第 5 期。

29. 李文玲:《汉代孝伦理的法律化》,载《江淮论坛》2003 年第 6 期。

30. 刘斌:《浅议唐律中的刑事责任年龄》,载《湖北师范学院学报(哲学社会科学版)》2004 年第 1 期。

31. 徐建:《扩大取保候审适用率是我国少年司法新一轮改革的关键》,载《青少年犯罪问题》2004 年第 1 期。

32. [日]大冢仁著,张凌译:《人格刑法学的构想》(上),载《政法论坛》2004 年第 2 期。

33. 姜伟、张寒玉:《论办理未成年人案件的公诉政策》,载《人民检察》2004 年第 12 期。

34. 韦志岩、孙建中、张岿、牛飞、韦学斌:《青少年心理障碍的危险因素分析》,载《临床心身疾病杂志》2005 年第 1 期。

35. 马俊驹、张翔:《论民法个人人格构造中的伦理与技术》,载《法律科学》2005 年第 2 期。

36. 邹大虬:《当前未成年人权益保护调查及对策研究》,载《广东青年干部学院学报》2005 年第 2 期。

37. 雷海峰:《我国古代未成年人犯罪刑事政策初探》,载《青少年犯罪问题》2005 年第 4 期。

38. 刘娥:《论少年法的主要特征》,载《中国青年政治学院学报》2005 年第 5 期。

39. 席小华、金花:《北京市未成年人犯罪实证研究》,载《法学杂志》2005 年第 5 期。

40. 黄海:《解析"街角灰色社会"——以湖南长沙某区"街角 DY 帮派"为实证分析对象》,载《青年探索》2005 年第 6 期。

41. 刘守芬、丁鹏:《现代缓刑类型与中国的选择》,载《现代法学》2005 年第 6 期。

42. 张晋藩:《人本主义——中华法系特点之一》,载《河北法学》2005 年第 9 期。

43. 高茗、陶芳标、张金霞、王敏、江涛、吴汉荣:《少年儿童行为问题与家庭、学校因素关系》,载《中国公共卫生》2005 年第 9 期。

44. 李俊丽、梅清海、于承良、章爱先、翟庆海:《未成年犯的人格特点与心理健康状况和应对方式的相关研究》,载《中国学校卫生》2006 年第 1 期。

45. 张峰:《试论民国时期昆山的慈善事业——以昆山县救济院为中心》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2006 年第 1 期。

46. 衣家奇:《基督教原罪论对现代刑法的启蒙》,载《法律科学——西北政法学院学报》2006 年第 3 期。

47. 谢冬慧:《秦朝以身高确认刑事责任的原因探析》,载《政治与法律》2006 年第 3 期。

48. 董根明:《抗战时期国民政府的儿童福利政策述评》,载《抗日战争研究》2006 年第 4 期。

49. 李燕俐:《国民党的儿童福利法制经验——中国时期到首次儿福立法》,(中国台湾)台湾大学法律研究所 2003 学年度第一学期"法律史专题研究"学期报告(未刊稿),2003 年 12 月 15 日。

50. 苏林雁、王长虹:《青春期的心理与行为问题》,载《中国实用儿科杂志》2006 年第 7 期。

51. 谭友坤、卢清:《施善与教化:中国古代慈幼恤孤史述》,载《学前教育研究》2006 年第 12 期。

52. 陈小君、易军:《亲权制度研究及其立法建构》,载《私法研究》第一卷,转自 http://www.cnlawschool.com/minshangfa/readnews.asp? newsid = 321,2006 年 12 月 23 日。

53. 周荣瑾:《家庭功能弱化与未成年人违法犯罪之探讨》,载《青少年犯罪问题》2007 年第 3 期。

54. 樊荣庆:《德国少年司法制度研究》,载《青少年犯罪问题》2007 年第 3 期。

55. 刘南英:《泛论现代少年保护之理论基础》,载(中国台湾)http://www.ocit.edu.tw/~nyliu/literature/literature018.doc,2007 年 2 月 16 日。

56. 李锦松:《论大陆地区少年法制——兼论两岸少年法制之比较》,载

(中国台湾)台湾观护协会网站,http://www.pbaroc.org.tw/,2007 年 4 月 15 日。

57. 颜正芳、张明永、刘雅惠、孙榕檀:《少年观护所青少年嫌疑人使用非法物质之危险因子:性别差异》,载(中国台湾)http://www.ios.sinica.edu.tw/pages/seminar/sp/socialq/yan_zheng_fang.htm,2007 年 5 月 22 日。

58. [日]泽登俊雄著,俞建平译:《日本修订〈少年法〉的新动向》,载《青少年犯罪问题》2007 年第 5 期。

59. 曹胜高:《论晚唐宵禁制度的松弛及其文化影响》,载《学术研究》2007 年第 7 期。

60. 曾倩、阮世晓、杨月萍等:《早期干预对小儿气质影响的研究》,载《中国妇幼保健》2007 年第 24 期。

61. 邓煌发:《社区处遇之探讨》,载(中国台湾)《警学丛刊》1999 年第 3 期。

62. 王守安、吴孟拴、石献智:《〈人民检察院办理未成年人刑事案件的规定〉解读》,载《人民检察》2007 年第 5 期。

63. 黄征男:《从刑事政策演进探讨"我国"假释制度现况与发展》,载(中国台湾)http://www.tcd.moj.gov.tw/public/Attachment/5111717483428.doc,2007 年 11 月 2 日。

64. 任宗理、梁展欣、莫君早:《港澳地区少年司法制度考察报告》,载《人民司法》2008 年第 3 期。

65. 张平淡:《香港社会福利管理制度管探》,载《东南亚纵横》2009 年第 1 期。

66. 戴卫东:《马克思的社会福利观探析》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2009 年第 1 期。

67. 林顺昌:《破除"电子监控"之迷思——论回归实益性之犯罪者处遇政策》,载《亚洲家庭暴力与性侵害期刊》2009 年第 2 期。

68. 冯全:《历史与现实:俄罗斯刑法中的缓刑制度》,载《内蒙古民族大学学报(社会科学版)》2009 年第 3 期。

69. 杨兴培、吕洁:《中国内地与香港刑法中缓刑制度的比较研究》,载《中国刑事法杂志》2009 年第 3 期。

70. [澳]马克·玛瑞恩:《澳大利亚少年司法系统和新南威尔士州少年司法的新趋势》,载《青少年犯罪问题》2009年第4期。

71. [澳] 瓦尔达·鲁斯思:《澳大利亚新南威尔士州少年司法部在少年司法系统中的角色》,载《青少年犯罪问题》2009年第4期。

72. 张远煌、姚兵:《中国现阶段未成年人犯罪的新趋势——以三省市未成年犯问卷调查为基础》,载《法学论坛》2010年第1期。

73. 北京市海淀区人民检察院课题组:《未成年人审前羁押状况调查》,载《国家检察官学院学报》2010年第4期。

74. 陈慈幸:《性倒错少年之保护事件程序与处遇:论当前日本与澳门之实务发展》,(中国台湾)台湾观护学会研讨会论文,2010年12月23日。

二、中文著作

75. 沈银河:《中德少年刑法比较研究》,台北:五南图书出版公司1988年版。

76. 李甲孚:《中国法制史》,台北:联经出版社1988年版。

77. 张穹、谭世贵:《检察比较研究》,北京:中国检察出版社1990年版。

78. 李忠诚:《刑事强制措施制度研究》,北京:中国人民公安大学出版社1995年版。

79. 周愫娴:《变迁中的犯罪问题与社会控制——台湾经验》,台北:五南图书出版公司1997年版。

80. 陈光中、丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,北京:法律出版社1998年版。

81. 徐久生:《德语国家的犯罪学研究》,北京:中国法制出版社1999年版。

82. 宋冰编:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,北京:中国政法大学出版社1999年版。

83. 林茂荣、杨士隆:《监狱学——犯罪矫正原理与实务》(第二版),台

北:五南图书出版公司1999年版。

84. 林山田:《刑法通论》(上册),台北:元照出版公司2000年版。

85. 孙长永:《侦查程序与人权——比较法考察》,北京:中国方正出版社2000年版。

86. 宋浩波:《犯罪学原理》,北京:中国人民公安大学出版社2001年版。

87. 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,北京:中国法制出版社2001年版。

88. 马克昌:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉:武汉大学出版社2002年版。

89. 林山田:《刑事程序法》(第四版),台北:五南图书出版公司2001年版。

90. 林山田、林东茂、林灿璋:《犯罪学》(增订三版),台北:三民书局2002年版。

91. 蔡德辉、杨士隆主编:《青少年暴力行为原因、类型与对策》,台北:五南图书出版公司2002年版。

92. 罗大华主编:《犯罪心理学》,北京:中国政法大学出版社2002年版。

93. 马克昌主编:《刑法学》,北京:高等教育出版社2003年版。

94. 李庚霈:《犯罪少年职业辅导》,台北:扬智文化事业股份有限公司2003年版。

95. 温小洁:《我国未成年人刑事案件诉讼程序研究》,北京:中国人民公安大学出版社2003年版。

96. 马跃:《美国刑事司法制度》,北京:中国政法大学出版社2004年版。

97. 卢建平:《刑事政策与刑法》,北京:中国人民公安大学出版社2004年版。

98. 许章润主编:《犯罪学》(第二版),北京:法律出版社2004年版。

99. 夏勤:《刑事诉讼法释疑》(第六版),北京:中国方正出版社2005年版。

100. 齐树洁主编:《英国司法制度》,厦门:厦门大学出版社 2005 年版。

101. 尹琳:《日本少年法研究》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

102. 蔡枢衡:《中国刑法史》,北京:中国法制出版社 2005 年版。

103. 夏宗素:《罪犯矫正与康复》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

104. 王牧主编:《新犯罪学》,北京:高等教育出版社 2005 年版。

105. 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,北京:法律出版社 2005 年版。

106. 姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

107. 关颖、鞠青主编:《全国未成年犯抽样调查分析报告》,北京:群众出版社 2005 年版。

108. 谭世贵主编:《中国司法制度》,北京:法律出版社 2005 年版。

109. 吴宗宪:《当代西方监狱学》,北京:法律出版社 2005 年版。

110. 鲁兰:《中日矫正理念与实务比较研究》,北京:北京大学出版社 2005 年版。

111. 林少菊:《家庭伦理与犯罪研究》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

112. 刘强:《美国犯罪未成年人的矫正制度概要》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

113. 贺颖清:《福利与权利——挪威儿童福利的法律保障》,北京:中国人民公安大学出版社 2005 年版。

114. 林茂荣、杨士隆、黄维贤:《监狱学行刑法》,台北:五南图书出版公司 2005 年版。

115. 林榕年主编:《外国法制史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版。

116. 朱勇主编:《中国法制史》(第二版),北京:法律出版社 2006 年版。

117. 谷春德主编:《西方法律思想史》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2006 年版。

118. 张岱年、程宜山:《中国文化论争》,北京:中国人民大学出版社2006年版。

119. 张旭主编:《英美刑法论要》,北京:清华大学出版社2006年版。

120. 张鸿巍:《被害人保护的理念、议题与趋势——以广西为实证分析》,武汉:武汉大学出版社2007年版。

121. 张鸿巍主编:《刑事被害人保护问题研究》,北京:人民法院出版社2007年版。

122. 张鸿巍:《少年司法通论》,北京:人民出版社2008年版。

123. 赵若辉:《社会迷乱决定因素研究》,北京:人民出版社2009年版。

124. 刘强:《美国社区矫正演变史研究——以犯罪刑罚控制为视角》,北京:法律出版社2009年版。

125. 张鸿巍:《美国检察制度研究》,北京:人民出版社2009年版。

126. 陈慈幸、蔡孟凌编著:《少年事件处理法学理与实务》,台北:元照出版公司2009年版。

127. 圣严法师:《放下的幸福》,武汉:长江文艺出版社2009年版。

三、中文译著

128. [法] 卢梭著,李平沤译:《爱弥儿——论教育》(上卷),北京:商务印书馆1996年版。

129. [日] 我妻荣、有泉亨著,夏玉芝译:《日本民法·亲属法》,北京:工商出版社1996年版。

130. [英] J. C. 史密斯、B. 霍根:《英国刑法》,北京:法律出版社2000年版。

131. [法] 雷蒙·阿隆著,葛智强、胡秉诚、王沪宁译:《社会学主要思潮》,北京:华夏出版社2000年版。

132. [日] 西原春夫主编,金光旭、冯军、张凌等译:《日本刑事法的重要问题》(第二卷),北京:法律出版社与成文堂2000年版。

133. [德] 弗兰茨·冯·李斯特、埃贝哈德·施密特著,徐久生译:《德

国刑法教科书》,北京:法律出版社 2000 年版。

134. [美] 肯尼斯·基普尼斯著,许文俊译:《职业与公义——美国的司法制度与律师职业道德》,南京:东南大学出版社 2000 年版。

135. [日] 野村稔著,全理其、何力译:《刑法总论》,北京:法律出版社 2001 年版。

136. 林语堂著,呈嘉德译:《吾国吾民》,西安:陕西师范大学出版社 2003 年版。

137. [日] 牧野英一著,陈承泽译:《日本刑法通义》,北京:中国政法大学 2003 年版。

138. [日] 冈田朝太郎、松冈义正、小河兹太郎、志田钾太郎口述,郑言笔述:《检察制度》,北京:中国政法大学出版社 2003 年版。

139. [日] 大塚仁著、冯军译:《刑法概说》(总论),北京:中国人民大学出版社 2003 年版。

140. [日] 宫本英雄著,骆通译:《英吉利法研究》,北京:中国政法大学出版社 2004 年版。

141. [意] 恩里科·菲利著,郭建安译:《实证派犯罪学》,北京:中国人民大学出版社 2004 年版。

142. [意] 杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译评:《意大利刑法原理》,北京:中国人民大学出版社 2004 年版。

143. [美] 埃里克·A. 波斯纳著,沈明译:《法律与社会规范》,北京:中国政法大学出版社 2004 年版。

144. [英] 彼得·斯坦、约翰·香德著,王献平译:《西方社会的法律价值》,北京:中国法制出版社 2004 年版。

145. [日] 曾根威彦著,黎宏译:《刑法学基础》,北京:法律出版社 2005 年版。

146. [意] 贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,北京:中国法制出版社 2005 年版。

147. [意] 切萨雷·龙勃罗梭著,黄风译:《犯罪人论》,北京:中国法制出版社 2005 年版。

148. [德] 克劳斯·罗克辛著,王世州译:《德国刑法学总论——犯罪

原理的基础构造》(第三版),北京:法律出版社 2005 年版。

149. [德] 韦伯著,康乐、简惠美译:《韦伯作品集:法律社会学》,桂林:广西师范大学出版社 2005 年版。

150. [韩] 李在详著,[韩]韩相敦译:《韩国刑法总论》,北京:中国人民大学出版社 2005 年版。

151. [美] 罗纳尔多 · V. 戴尔卡门著,张鸿巍等译:《美国刑事诉讼:法律和实践》,武汉:武汉大学出版社 2006 年版。

152. 林语堂著,刘启升译:《美国人的智慧》,西安:陕西师范大学出版社 2006 年版。

153. [荷] 皮特 · J. P. 泰克编著,吕清、马鹏飞译:《欧盟成员国检察机关的任务和权力》,北京:中国检察出版社 2007 年版。

154. [奥] 弗里德里希 · 希尔著,赵复三译:《欧洲思想史》,桂林:广西师范大学出版社 2007 年版。

155. [美] 玛格丽特 · K. 罗森海姆、富兰克林 · E. 齐姆林、戴维 · S. 坦嫩豪斯、伯纳德 · 多恩主编,高维俭译:《少年司法的一个世纪》,北京:商务印书馆 2008 年版。

156. [德]Hans-Jurgen Kerner 著,许泽天、薛智仁译:《德国刑事追诉与制裁》,台北:元照出版公司 2008 年版。

157. [美] Peter Kratsoski & Lucille Dunn Kratcoski 著,叶希善等译:《青少年犯罪行为分析与矫正》(第五版),北京:中国轻工业出版社 2009 年版。

158. [英] 梅兰特著,王云霞等译:《普通法的诉讼形式》,北京:商务印书馆 2009 年版。

159. [美] 富兰克林 · E. 齐姆林著,高维俭译:《美国少年司法》,北京:中国人民公安大学出版社 2010 年版。

160. [日] 田口守一著,张凌、于秀峰译:《刑事诉讼法》,北京:中国政法大学出版社 2010 年版。

161. [荷]Peter J. P. Tak 著,何萍、朱丽芳译:《荷兰刑事司法制度》,上海:上海交通大学出版社 2010 年版。

英文参考文献

一、英文论文

1. Akers, Ronald. (1990). Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory: The Path Not Taken. Journal of Criminal Law and Criminology. 81(3).

2. Applegate, Brandon k. and Shannon A. Santana. (2000). Intervening with Youthful Substance Abusers: A Preliminary Analysis of A Jurenile Drug Court. The Justice System Journal. 21(3).

3. Austin, James, Kelly Dedel Johnson, and Ronald Weitzer. (2005). Alternatives to the Secure Detention and Confinement of Juvenile Offenders. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

4. Backstrom, James. (2006). Expanding Role of the Prosecutor in Juvenile Justice. Dakota County, MN: Dakota County Attorney's Office.

5. Barak, Gregg. (2005). A Reciprocal Approach to Peacemaking Criminology: Between Adversarialism and Mutualism. Theoretical Criminology. 9(2).

6. Bazemore, Gordon, and Mark Umbreit. (2001). A Comparison of Four Restorative Conferencing Models. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

7. Behrman, Richard E., Carol S. Stevenson, Carol S. Larson, Lucy S. Carter, Deanna S. Gomby, Donna L. Terman. (1996). The Juvenile Court: Analysis and Recommendations. The Future of Children. 6(3).

8. Bilchik, Shay. (1999). Juvenile Justice: A Century of Change. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

9. Bonham, Elizabeth. (2006). Adolescent Mental Health and the Juvenile Justice System. Pediatric Nursing. 32(6).

10. Budd, Tracey, Clare Sharp, Guy Weir, Debbie Wilson and Natalie Owen. (2005). Young People and Crime: Findings from the 2004 Offending, Crime and Justice Survey. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office.

11. Budnick, Kimberly and Ellen Shields-Fletcher. (1998). What About Girls? Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

12. Bureau of Justice Assistance. (2003). Juvenile Drug Courts: Strategies in Practice. Washington, DC: Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice.

13. Butler, Frank. (2010). Extinguishing All Hope: Life-Without-Parole for Juveniles. Journal of Offender Rehabilitation. 49.

14. Butts, Jeffrey and Janeen Buck. (2000). Teen Courts: A Focus on Research. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

15. Cao, Liqun, Ruohui Zhao, Lin Ren & Jihong Zhao (2009). Social Support and Anomie: A Multilevel Analysis of Anomie in Europe and North America. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. 53(2).

16. Centers for Disease Control and Prevention. (1991). Weapon Carrying among High School Students: United States, 1990. Morbidity and Mortality Weekly Report. 40(40).

17. Chassin, Laurie. (2008). Juvenile Justice and Substance Use. The Future of Children. 18(2).

18. Children's Bureau. (2005). Child Maltreatment 2003. Washington, DC: Administration on Children, Youth and Families, U.S. Department of Health and Human Services.

19. Cothern, Lynn. (2000). Juveniles and the Death Penalty.

Coordinating Council on Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

20. Cooper, Caroline. (2001). Juvenile Drug Court Programs. Juvenile Accountability Incentive Block Grants Program Bulletin. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

21. Dembo, Richard. (2005). Evaluation of the Impact of a Policy Change on a Diversion Program by Journal of Offender Rehabilitation. 4(3).

22. Egley, Arlen Jr. and Christina Ritz. (2006). Highlights of the 2004 National Youth Gang Survey. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

23. Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. (2007). Federal Advisory Committee on Juvenile Justice Annual Report 2007. Washington, DC: Federal Advisory Committee on Juvenile Justice.

24. Federal Advisory Committee on Juvenile Justice. (2010). Federal Advisory Committee on Juvenile Justice Annual Report 2010. Washington, DC: Federal Advisory Committee on Juvenile Justice.

25. Ferrer, Marta. (2010). European Forum for Restorative Justice. 11 (2).

26. Fox, Sanford. (1996). The Early History of the Court. The Future of Children: The Juvenile Court. 6(3).

27. German Federal Criminal Police Office. (2010). Police Crime Statistics 2008—Federal Republic of Germany (Abridged Version). Wiesbaden, Germany: German Federal Criminal Police Office.

28. Griffin, Patrick, Patricia Torbet and Linda Szymanski. (1998). Trying Juveniles as Adults in Criminal Court: An Analysis of State Transfer Provisions. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

29. Glueck, Eleanor. (1958). Body Build in Prediction of Delinquency.

Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science. 48(6).

30. Hayward, Ruth and Clare Sharp. (2005). Young People, Crime and Antisocial Behavior: Findings from the 2003 Crime and Justice Survey. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office.

31. Helland, Ingrid etc. (2003). Maternal Supplementation with Very-Long-Chain Omega－3 Fatty Acids During Pregnancy and Lactation Augments Children's IQ at 4 Years of Age. Pediatrics. 111(1).

32. Hodgson, Philip and David Webb. (2005). Young People, Crime and School Exclusion: A Case of Some Surprises. Howard Journal of Criminal Justice. 44(1).

33. Human Rights Watch. (1999). No Minor Matter: Children inMaryland's Jails. New York, NY: Human Rights Watch.

34. Ingersoll, Sarah. (1997). The National Juvenile Justice Action Plan: A Comprehensive Response to a Critical Challenge. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

35. Richards, Kelly. (2010). Police-referred Restorative Justice for Juveniles inAustralia. Trends & Issues in Crime and Criminal Justice. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.

36. L. Lauby, Jennifer, Archana B. LaPollo, Jeffrey H. Herbst, Thomas M. Painter, Heather Batson, Akil Pierre, and Mary Milnamow. (2010). Preventing AIDS through Live Movement and Sound: Efficacy of a Theater—Based HIV Prevention Intervention Delivered to High-Risk Male Adolescents in Juvenile Justice Settings. AIDS Education and Prevention. 22(5).

37. Law Reform Commission ofCanada. (1986). Working Paper 52 － Private Prosecutions. Ottawa ON: Law Reform Commission of Canada.

38. Lewis, Dean. (1999). An Evolving Juvenile Court: On the Front Lines. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

39. Loeber, Rolf, David P. Farrington, and David Petechuk. (2003). Child Delinquency: Early Intervention and Prevention. Washington, DC: Office

of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

40. Mack, Julian. (1909). The Juvenile Court. Harvard Law Review. 23.

41. Males, Mike and Daniel Macallair. (2010). *Are Teenage Criminals Getting Younger and Younger? Exposing Another Urban Legend*. San Francisco, CA: Center on Juvenile and Criminal Justice.

42. Maxwell, Gabrielle and Allison Morris. (2006). Youth Justice inNew Zealand: Restorative Justice in Practice? Journal of Social Issues. 62(2).

43. McDonald, William. (1976). Towards A Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim. American Criminal Law Review. 13.

44. Micucci, Lisa. (1998). Responsibility and the Young Person. Canadian Journal of Law and Jurisdiction. 11.

45. Millier, Walter. (1958). Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency. Journal of Social Issues. 14.

46. Moffitt, Terrie. (1993). Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent *Antisocial Behavior*: A Developmental Taxonomy. Psychological Review, 100(4).

47. National Law Enforcement Corrections Technology. (1999). Keeping Track of Electronic Monitoring. National Law Enforcement Corrections Technology Bulletin. Washington, DC: National Institute of Justice.

48. NationalInstitute of Justice. (2003). Juvenile Accountability Incentive Block Grants: Assessing Initial Implementation. Washington, DC: Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice.

49. National Center for Juvenile Justice. (2005). Juvenile Court Statistics 2001 - 2002. Washington, DC: U. S. Department of Education.

50. National Council of Juvenile and Family Court Judges. (2005). Juvenile Delinquency Guidelines: Improving Court Practice *in* Juvenile Delinquency Cases. Reno, NV: National Council of Juvenile and Family Court Judges.

51. NSW Department of Juvenile Justice. (2006). Department of Juvenile Justice Annual Report 2004/2005. Sydney, Australia: NSW Department of Juvenile Justice.

52. Office of National Drug Control Policy. (2007). Teens, Drugs and Violence: A Special Report. Washington, DC: Office of National Drug Control Policy, Executive Office of President of the United States.

53. Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2002). OJJDP Comprehensive Gang Model: A Guide to Assessing Your Community's Youth Gang Problem. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

54. Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. (2003). OJJDP News at a Glance. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

55. Office of Probation and Pretrial Services Administrative Office of theU. S. Courts. (2003). Home Confinement. Washington, DC: U. S. Probation & Pretrial Service.

56. Office for Victims of Crime. (2001). The Restorative Justice and Mediation Collection: Executive Summary. Washington, DC: Office of Justice Programs, U. S. Department of Justice.

57. Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission. (2006). Pennsylvania Juvenile Delinquency Benchbook. Harrisburg, PA: Pennsylvania Juvenile Court Judges' Commission.

58. Poe-Yamagata, Eileen and Jeffrey Butts. (1996). Female Offenders in the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

59. Potas, Ivan, Aidan Vining and Paul Wilson. (1990). Young People and Crime: Costs and Prevention. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.

60. Puzzanchera, Charles. (2000). Juvenile Court Statistics, 1997. Washington, DC: Office of Juvenile Delinquency and Prevention, U. S.

Department of Justice.

61. Queensland Department of Families and Legal Aid. (2003). Juvenile Justice—A Legal Practitioners Guide (4th edition). Queensland, Australia: Queensland Department of Families and Legal Aid.

62. Reckless, Walter. (1962). A Non-Causal Explanation: Containment Theory. Excerpta Criminologica. 1(2).

63. Sampson, Robert and John Laub. (1993). Turning Points in the Life-Course: Why Change Matters to the Study of Crime. Criminology, 31(3).

64. Shepherd, Robert. (1999). The Juvenile Court at 100 Years: A Look Back. Juvenile Justice. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

65. Skyes, Gresham and David Matza. (1957). Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. American Sociological Review. 22.

66. Snyder, Howard. (2006). Juvenile Arrests 2004. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

67. Spergel, Irving, David Curry and Ron Chance, etc. (1994). Gang Suppression and Intervention: Problem and Response. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

68. Stahl, Anne. (2006). Person Offenses in Juvenile Court, 1985-2002. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

69. Steiner, Benjamin, Craig Hemmens, and Valerie Bell. (2006). Legislative Waiver Reconsidered: General Deterrent Effects of Statutory Exclusion Laws Enacted Post-1979. Justice Quarterly. 23(1).

70. Steiner, Benjamin and Emily Wright. (2006). Assessing the Relative Effects of State Direct File Waiver Laws on Violent Juvenile Crime: Deterrence or Irrelevance? Journal of Criminal Law & Criminology. 96(4).

71. Texas Juvenile Probation Commission. (1998). Texas Juvenile Probation Statistical Report: Statistical and Other Data on the Juvenile Justice

System in Texas for Calendar Year 1997. Austin, TX: Texas Juvenile Probation Commission.

72. Texas Juvenile Probation Commission. (2003). The State of Juvenile Probation Activity in Texas—Statistical and Other Data on the Juvenile Justice System in Texas for Calendar Year 2002. Austin, TX: Texas Juvenile Probation Commission.

73. Teplin, Linda, Karen Abram, Gary McClelland, Amy Mericle, Mina Dulcan, and Jason Washburn. (2006). Psychiatric Disorders of Youth in Detention. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

74. The Federal Youth Court Program. (2007). Youth Court List by State. Lexington, KY: National Youth Court Center.

75. The Federal Interagency Forum on Child and Family Statistics. (2006). America's Children in Brief: Key National Indicators of Well-Being.

76. The International Cooperation Group. (2004). The Evolution of Juvenile Justice in Canada. The International Cooperation Group. Department of Justice of Canada.

77. Torbet, Patricia. (1996). Juvenile Probation: The Workhorse of the Juvenile Justice System. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U.S. Department of Justice.

78. Urbas, Gregor. (2000). The Age of Criminal Responsibility. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.

79. Veld, Marissa and Natalie Taylor. (2005). Statistics on Juvenile Detention in Australia: 1981 - 2004. Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.

80. Viking Council. (2010). Juvenile Diversion Program Leader Handbook. Minneapolis, MN: Viking Council.

81. Wasserman, Gail, Kate Keenan, Richard Tremblay, John Coie, Todd Herrenkohl, Rolf Loeber, and David Petechuk. (2003). Risk and Protective Factors of Child Delinquency. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and

Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

82. Whiting, Elizabeth and Lucy Cuppleditch. (2006). Re-offending of Juveniles: Results from the 2004 Cohort. London, UK: The Research, Development and Statistics Directorate, Home Office.

83. Wong, Dennis. (2000). Juvenile Crime and Responses to Delinquency inHong Kong. International Journal of Offender Therapy & Comparative Criminology. 44 (3).

84. Youth Justice Board. (2005). Risk and Protective Factors. London, UK: Youth Justice Board for England and Wales.

85. Yunker, John, Valerie Bombach, and Carrie Meyerhoff. (2001). Chronic Offenders. St. Paul, MN: Office of the Legislative Auditor.

86. Zhang, Hongwei and Ruohui Zhao. (2005). Disparity vs. Discrimination: the Influence of Race in Police Arrest. Asian Policing. 2(1).

87. Zhang, Hongwei and Ruohui Zhao. (2006). The Trends and Issues on the Life Imprisonment in theUnited States—A Critical Analysis Review and Forecast on the American Prison Reform. Corrections and Rehabilitation Research Center Journal, Ryukoku University. 3(1).

88. Zhao, Ruohui & Hongwei Zhang. (2008). Exploring Restorative Justice in Korean Juvenile Justice Settings: An Observation from Outsiders. Hanyang Law Review. 25(1).

89. Zhao, Ruohui and Liqun Cao (2010). Social Change and Anomie—A Cross-National Study. Social Forces. 88(3).

90. Zimring, Franklin E. (2000). The Common Thread: Diversion in Juvenile Justice. California Law Review, 88(6).

二、英文著作

91. Abadinsky, Howard. (2006). Probation and Parole: Theory and Practice (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

92. Allen, Harry and Clifford Simonsen. (2001). Corrections inAmerica: An Introduction (9th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

93. Bala, Nicholas. (2003). Youth Criminal Justice Law. Toronto, ON: Irwin Law.

94. Becker, Howard. (1963). Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance. New York, NY: The Free Press.

95. Bernard, Thomas J. (1992). The Cycle of Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press.

96. Blackstone, William. (1979). Commentaries on the Laws ofEngland: A Facsimile of the First Edition of 1765 - 1769. Chicago, IL: University Of Chicago Press.

97. Bernard, Thomas J. and Megan C. Kurlychek. (2010). The Cycle of Jurenile Justice (2nd edition). New York, NY: Oxford University Press.

98. Braithwaite, John. (1989). Crime, Shame and Reintegration. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

99. Brown, Stephen E., Finn-Aage Esbensen and Gibert Geis. (1991). Criminology: Explaining Crime and Its Contexts. Cincinnati, OH: Anderson Publishing.

100. Bryan, Garner A. (2004). Black's Law Dictionary (8th edition). St. Paul, MN: West Publishing Company.

101. Burke, Roger. (2001). An Introduction to Criminological Theory. Devon, UK: Willan Publishing.

102. Calvi, James and Susan Coleman. (2000). American Law and Legal Systems (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall. (北京:高等教育出版社2002年影印版)

103. Champion, Dean. (2007). The Juvenile Justice System: Delinquency, Processing, and the Law (6th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

104. Champion, Dean. (2010). The Juronile Justice System:

Delinquency, Processing, and the Law (6the edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

105. Chesney-Lind, Meda and Randall Shelden. (2004). Girls, Delinquency and Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

106. Clement, Mary. (2002). The Juvenile Justice System: Law and System (2nd edition). Woburn, MA: Butterworth-Heinemann.

107. Clinard, Marshall B. and Robert F. Meier. (1995). Sociology of Deviant Behavior (9th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

108. Cox, Steven, John Conrad and Jennifer Allen. (2003). Juvenile Justice: A Guide to Theory and Practice (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

109. Cromwell, Paul, Rolando del Carmen and Leanne Alarid. (2002). Community-based Corrections (5th edition). Wadsworth/Thomson Learning.

110. Cunneen, Chris and Rob White. (2007). Juvenile Justice: Youth and Crime inAustralia (3rd edition). Sydney, Australia Oxford University Press.

111. Curran, Daniel J. and Claire M. Renzetti. (2000). Theories of Crime (2nd Edition). Needham Heights, MA: Allyn and Bacon.

112. del Carmen, Rolando V., Susan E. Ritter and Besty A. Witt. (2002). Briefs of Leading Cases in Corrections (3rd edition). Cincinnati, OH: Anderson Publishing.

113. del Carmen, Rolando, andChad Trulson. (2006). Juvenile Justice: The System, Process and Law. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

114. deMause Lloyd. (1974). The History of Childhood (edited). New York, NY: The Psychohistory Press.

115. Dorne, Clifford. (1997). Child Maltreatment: A Primer in History, Public Policy and Research (2nd edition). Guilderland, NY: Harrow and Heston.

116. Durkheim, Emile. (1960). The Division of Labor in Society.

Glencoe, IL: Free Press.

117. Einstadter, Werner and Stuart Henry. (1995). Criminological Theory: An Analysis of Its Underlying Assumptions. Fort Worth, TX: Harcourt Brace & Company.

118. Feld, Barry. (1999). Readings in Juvenile Justice Administration. New York, NY: Oxford University Press.

119. Ferro, Jeffrey. (2003). Juvenile Crime. New York, NY: Facts on File.

120. Flowers, Barri. (1990). The Adolescent Criminal: An Examination of Today's Juvenile Offender. Jefferson, NC: McFarland & Company.

121. Gardner, Martin, (2003). Understanding Juvenile Law. Newark, NJ: LexisNexis Press.

122. Guarino-Ghezzi, Susan and Edward Loughran. (1996). Balancing Juvenile Justice. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.

123. Guarino-Ghezzi, Susan and Edward Loughran. (2004). Balancing Juvenile Justice (2nd edition). New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.

124. Harp, Caren, Michael Kuykendall, Marcia Cunningham and Teresa Ware. Juvenile Delinquency and Community Prosecution: New Strategies for Old Problems. (2004). Alexandria, VA: American Prosecutors Research Institute.

125. Harms, Paul. (2003). Detention inDelinquency Cases, 1990 - 1999. Washington, DC: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, U. S. Department of Justice.

126. Hess, Karen. (2010). Juvenile Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

127. Hirsch, Travis. (1969). Causes of Delinquency. Los Angeles, CA: University of California Press.

128. Hudson, Barbara A. (2003). Understanding Justice: An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory (2nd edition). Philadelphia, PA: Open University Press.

129. Hudson, David L. (2010). Jurenile Justice. New York, NY: Chelsea House.

130. Ido, Weijers andAntony Duff. (2002). Punishing Juveniles—Principal and Critique (edited). OR: Portland, Hart Publishing.

131. Jensen, Eric and Jorg Jepsen. (2006). Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System (edited). Portland, OR: Hart Publishing.

132. Junger-Tas, Josine and Scott Decker. (1996). International Handbook of Juvenile Justice (edited). Dordrecht: Springer.

133. Kelling, George and Catherine Coles. (1996). Fixing Broken Windows. New York, NY: Touchstone.

134. Kupchik, Aaron. (2006). Judging Juveniles: Prosecuting Adolescents in Adult and Juvenile Courts. New York, NY: New York University Press.

135. Kupchik, Aaron. (2010). Jurenile Crime (revised edition). New York, NY: Facts on File.

136. Lafave, Wayne R. (2003). Principles of Criminal Law. Eagan, MN: West Group.

137. Lanier, Mark and Stuart Henry. (2004). Essential Criminology (2nd edition). Boulder, CO: Westview Press.

138. Lawrence, Richard. (1998). School Crime and Juvenile Justice. New York, NY: Oxford University Press.

139. Lawrence, Richard and Mario Hesse. Juvenile Justice: The Essentials. (2010). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

140. Lemert, Edwin. (1951). Social Pathology. New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

141. Lilly, J. Robert, Francis T. Cullen and Richard A. Ball. (1995). Criminological Theory: Context and Consequences (2nd edition). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

142. Liss, Steve. (2005). No Place for Children: Voices from Juvenile

Detention. Austin, TX: University of Texas Press.

143. Lotz, Roy. (2005). Youth Crime inAmerica: A Modern Synthesis. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

144. Maguire, Mike Rod Morganand Robert Reiner (eds.). (2002). The Oxford Handbook of Criminology (3rd edition). New York, NY: Oxford University Press.

145. Manfredi, Christopher. (1998). The Supreme Court and Juvenile Justice. Lawrence, Kanasa: University Press of Kanasa.

146. Mays, Larry, and Thomas Winfree. (2006). Juvenile Justice (2nd edition). Long Grove, IL: Waveland Press.

147. McCarthy, Francis, William Patton and James Carr. (2003). Juvenile Law and Its Processes: Cases and Materials (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company.

148. Merton, Robert. (1993). Social Structure and Anomie. New York, NY: Irvington Publishers.

149. Messner, Steven F. and Richard Rosenfield (2001). Crime and the American Dream (3rd edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

150. Muncie, John and Barry Goldson. (2006). Comparative Youth Justice (edited). London, UK: Sage Publications.

151. Musick, David. (1995). An Introduction to the Sociology of Juvenile Justice. Albany, NY: State University of New York Press.

152. National Crime Prevention Institute. (1986). Understanding Crime Prevention. Boston, MA: Butterworth.

153. National District Attorneys Association. (1991). National Prosecution Standards (2nd edition). Alexandria, VA: National District Attorneys Association.

154. Palmiotto, Michael. (2000). Community Policing: A Policing Strategy for the 21st Century. Gaithersburg, MD: Aspen Publishers.

155. Park, Robert, Ernest Burgess and Roderick McKenzie. (1967). The City. Chicago, IL: University of Chicago Press.

156. Polansky, Norman, Mary Chalmers, Elizabeth Buttenwieser and David Williams. (1983). Damaged Parents: An Anatomy of Child Neglect. Chicago, IL: University of Chicago Press.

157. Rabe, Gary and Dean Champion. (2002). Criminal Courts: Structure, Process, and Issues. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

158. Ramsey, H. Sara, andDouglas E. Abrams. (2008). Children and Law (3rd edition). St. Paul, MN: West Publishing Company.

159. Regoli, Robert and John Hewitt. (2003). Delinquency in Society (5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

160. Roberson, Cliff. (2000). Exploring Juvenile Justice. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

161. Roberts, Albert. (2004). The Emergence of the Juvenile Court and Probation Services. In Roberts, Albert. Juvenile Justice Source Book: Past, Present, and Future (edited). New York, NY: Oxford University Press.

162. Rubin, Ted. (1985). Juvenile Justice-Policy, Practice and Law (2nd edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

163. Samaha, Joel. (1999). Criminal Justice (5th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning.

164. Schmalleger, Frank. (2006). Criminology Today: An Integrative Introduction. (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

165. Scott, Elizabeth and Laurence Steinberg. (2008). Rethinking Juvenile Justice. London, UK: Harvard University Press.

166. Sellin, Thorsten. (1938). Culture Conflict and Crime. New York, NY: Social Science Research Council.

167. Shaw, Clifford and Henry McKay. (1942). Juvenile Delinquency and Urban Areas. Chicago, IL: University of Chicago Press.

168. Siegel, Larry and Joseph Senna. (2000). Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law (7th edition). Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning.

169. Singer, Simon I. (1996). Recriminializating Delinquency: Violent Juvenile Crime and Juvenile Justice Reform. New York, NY: Cambridge University Press.

170. Streib, Victor. (1978). *Juvenile Justice in America*. Port Washington, NY: National University Publications.

171. Sutherland, Edwin and Donald Cressey. (1978). Criminology (10th edition). New York, NY: Harper & Row Publishing.

172. Tanenhaus, David S. (2004). Juvenile Justice in the Making. New York, NY: Oxford University Press.

173. Territo Leonard, James Halsted and Max Bromley. (2004). Crime and Justice inAmerica: A Human Perspective. Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

174. Tierney, Joseph, Jean Baldwin Grossman and Nancy Resch. (2005). Making a Difference: An Impact Study of Big Brothers Big Sisters. Philadelphia, PA: Public/Private Ventures.

175. Travis, Lawrence III and Robert Langworthy. (2008). Policing inAmerica: A Balance of Forces (4th edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

176. Tustin, Lee and Robert Lutes. (2006). A Guide to the Youth Criminal Justice Act. Markham, ON: LexisNexis-Butterwoths.

177. Van Ness, Daniel W. (2006). Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice (3rd edition). Newark, NJ: Matthew Bender & Company.

178. Vito, Gennaro, Richard Tewksbury and Deborah Wilson. (1998). The Juvenile Justice System-Concepts & Issues. Prospect Heights, IN: Waveland Press.

179. Vold, George B. and Thomas J. Bernard. (1986). Theoretical Criminology (3rd edition). New York, NY: Oxford University Press.

180. Wallace, Harvey. (1998). Victimology: Legal, Psychological and Social Perspectives. Needham Heights, MA: Allyn & Bacon.

181. Walker, Samuel. (2002). The Policing inAmerica: An Introduction

(5th edition). New York, NY: McGraw-Hill Higher Education.

182. Whiteman, James Q. (2003). Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide betweenAmerica and Europe. New York, NY: Oxford University Press.

183. Williams III, Frank, and Marilyn McShane. (1996). Criminological Theory (3rd edition). Upper Saddle River, NJ: Pearson Prentice Hall.

184. Wright, Alan. (2002). Policing: An Introduction to Concepts and Practice. Portland, OR: Willan Publishing.

185. Wolfgang, Marvin, Thorsten Sellin and Robert Figlio. (1972). Delinquency in a Birth Cohort. Chicago, IL: University of Chicago Press.

186. Yablonsky, Lewis. (2000). Juvenile Delinquency into the 21st Century. Belmont, CA: Wadsworth/Thomas Learning.

187. Zehr, Howard. (2002). The Little Book of Restorative Justice. Intercourse, PA: Good Books.

三、司法判例

188. Eyre v. Countess of Shaftesbury, 2 P. Wms. 103, 24 Eng. Rep. 659 (1722).

189. State v. Mary Doherty. 2 Overt. Tenn. Rep. 79 (1806).

190. Ex Parte Crouse, 4 Whart. 9 (Pa. 1839).

191. Commonwealth v. Fisher, 213Pa. 48, 62 Atl. 198 (1905).

192. Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).

193. Powellv. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

194. Skinner v. Oklahoma ex rel, 316 U.S. 535 (1942).

195. Haley v. Ohio, 332 U.S. 596 (1948).

196. Kent v. United States, 383 U.S. 541(1966).

197. In re Gault, 387U.S. 1 (1967).

198. In re Winship, 397U.S. 358 (1970).

199. McKeiver v. Pennsylvania, 403 U. S. 528 (1971).

200. Ivan v. City ofNew York, 407 U. S. 203 (1972).

201. Morrissey v. Brewer, 408 U. S. 471 (1972).

202. Furman v. Georgia, 408U. S. 238 (1972).

203. Gagnon v. Scarpelli, 411U. S. 778 (1973).

204. Davis v. Alaska, 415 U. S. 308 (1974).

205. Breed v. Jones, 421 U. S. 517 (1975).

206. Goss v. Lopez, 419 U. S. 565 (1975).

207. Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153 (1976).

208. United States v. Watson, 423 U. S. 411 (1976).

209. Oklahoma Publishing Co. v. District Court in and forOklahoma City, 430 U. S. 308 (1977).

210. Fare v. Michael C., 442 U. S. 707 (1979).

211. In re Wayne H., 596 p. 2d I (Cal. 1979).

212. Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443U. S. 97 (1979).

213. Schall v. Martin, 467U. S. 253 (1984).

214. Thompson v. Oklahoma, 487 U. S. 815 (1988).

215. Stanford v. Kentucky, 492 U. S. 361 (1989).

216. Medina v. State, 986 S. W. 2d 733 (Tex. App. —Amarillo, 1999).

217. In re A. H., 748 N. E. 2d 183 (Ill. 2001).

218. In re Stanford, 537U. S. 968 (2002).

219. Yarborough v. Alvarado, 541U. S. 652 (2004).

220. Roper v. Simmons, 543U. S. 551 (2005).

221. In Re Adoption of A. M. H. No. W2004 - 01225 - SC - R11 - PT. (2007).

222. Sullivan v. Florida, 560 U. S. (2010).

第一版后记

《少年司法通论》(一版)系广西"十百千人才工程"项目与广西"高校百名中青年学科带头人资助计划"之结题成果。

负笈北美期间,我逐步对未成年人犯罪与偏差以及少年司法产生兴趣,深感其对该国未成年人保护与犯罪偏差防治之显著功效。未成年人因生理、心理等不同于成年人的特征,身心未臻成熟,决定了对其有效保护与挽救均需因势利导,以法制健全为保障,集合社会各方面力量,实现立体防治。"绳之以法,断之以刑,然后寇止奸禁。故射者因势,治者因法"。[①] 欧美少年司法百余年来的发展历程,即昭示少年法及少年司法的完备程度直接攸关未成年人保护事业发展的成败。

惜相比之下,当前我国不但尚未建立、健全此先进司法制度,且相关基础研究更长期停滞不前。有感于此,2002 年起我始萌生少年司法专著写作初衷,既是自己在这个问题上的阶段性研究心得,也奢望该书能对国内如火如荼的少年司法立法与实务工作略尽一己之绵薄。回国工作后,每每有机会与业内同仁聊及此方面内容,颇受启发,感悟更深,以为构建既符合国际潮流与一般标准、更反映我国现实的少年司法制度迫在眉睫。几年间,数易文稿,写作远比想象的艰辛而漫长,其间更因对某些关键问题理解不畅常感到力不从心。幸在韩国国际交流财团资助下,2006 年底至 2007 年 6 月赴韩国汉阳大学访学,方得以有较充裕时间完成初稿。

时光荏苒,本书最终杀青付梓与诸位师长的督导、教诲与帮助密不可分。在美国山姆休斯敦州立大学求学期间,恩师 Rolando del Carmen 教授与 Raymond Teske Jr 教授教导细致入微。研究过程中,每遇难解之题,两位老先生更推掉手头之事,第一时间答疑解惑。我亦有幸身投日本龙谷大学村

① (汉)桓宽:《盐铁论·大论》。

井敏邦教授与浜井浩一教授门下研修日本犯罪矫正与少年司法制度。我虽愚钝,但两位教授耐心、细致的教导与讲解也常使我有茅塞顿开之感。虽后因故在日博士后研究提前结束,但师生谊却才开始,之后一直不间断得其指点。几位先生传道解惑,其为人、治学严谨之道无不耳濡目染,感悟良多。

2005 至 2007 年间,我争取到国外有关基金会资助先后赴德国、日本、挪威以及韩国等国家访问、交流与讲学,并收集到较多第一手资料。德国图宾根大学法学院 Hans Kerner 教授、美国内布拉斯加大学奥马哈分校少年司法研究所所长 Hans Robinson 博士以及韩国汉阳大学法学院吴英根教授等各国刑事法学、少年司法及恢复性司法研究翘楚,均不厌其烦解答我的疑问。挚友之一——供职于日本法务省矫正局的大熊直人先生,毫无保留地与我分享其二十余年少年矫正经验,并领我实地考察小田原少年院矫正设施及观摩员工日常工作。心里一直存感激之情,在此一并致谢!

我在广西大学的诸位领导与同事,特别是校党委书记阳国亮教授、副校长黄维义教授与法学院院长孟勤国教授、黄莹教授,为本课题的顺利开展提供了较多指导、鼓励与便利。珞珈修法期间,正是莫洪宪教授的言传身教,使我对刑法学与犯罪学从此情有独钟。而此次付梓之先,她更抽出宝贵时间,通篇审阅原稿,并欣然同意为本书作序。

而若没有内子若辉博士一如既往的无私支持、体谅与包容,本书成稿实难想象。无论是在成书体系、行文结构还是文字校对等方面,她均在繁重的工作之余挤出大量时间提供建设性意见与协助,费时耗心。爱女曼荻的出生给我与内子带来无限欢乐与期待,而本书首先也是送给其礼物之一,希望她健康、快乐地长大!鲁迅先生曾言明,“只要思想未遭锢蔽的人,谁也喜欢子女比自己更强,更健康,更聪明高尚,更幸福;就是超越了自己,超越了过去”。[①] 我想,普天下的父母莫不如此,与子女血脉相连,休戚与共。初为人父的幸福与辛苦交织一起,也使我对健康亲子关系塑造与发展以及未成年人保护有切身之感,研究与写作中体会良多。

本书得以最终出版,受益于人民出版社李媛媛编辑的帮助。对李女士与出版社诸位工作人员的辛勤工作,我由衷地感谢!我的研究生甘红梅、白

---

① 鲁迅:《我们现在怎样做父亲》,载《新青年》1919 年第六号。

萍、蒋治清等同学协助校稿工作,提出了许多文字上的修改意见。“吾生也有涯,而知也无涯”,①限于时间与精力,特别是研究水平,书中势必有较多疏漏,尚祈海内外学者、贤达不吝教正,以便再版时修订。

张鸿巍　谨识

二〇〇八年三月

广西大学法学院

① 《庄子·养生主》。

第二版后记

《少年司法通论》(第二版)系广西哲学社会科学规划资助课题“刑事和解问题研究”(08BFX003)、广西教育厅面上资助课题“未成人刑事和解制度研究”(200803MS081)及广西大学科研课题资助项目“少年司法学研究”(X051093)之结题成果。《少年司法通论》(第一版)曾获得广西社会科学优秀成果三等奖。

“苟日新,日日新,又日新”,①《少年司法通论》一版自2008年初付梓出版以来,惠蒙国内外学界先进之指导,既有鼓励亦有鞭策。几年时间转瞬即逝,随着对未成年人保护与少年司法研究的逐步深入,我日益感受到了自身对其中某些问题理解之不畅及狭隘。特别是先后挂职广西南宁市人民检察院副检察长及受聘为广西壮族自治区人民检察院专家咨询委员及中国法学会审判理论研究会未成年人审判专业委员会委员、中国预防青少年犯罪研究会理事,受共青团广西区委委托起草《〈广西未成年人保护条例(修订)〉专家建议稿》,指导南宁市兴宁区人民检察院等基层检察院成立未成年人检察科以及指导、参与办理未成年人案件等,这些相关实务经历使我对少年司法视野下的比较法研究与基于本土化的司法改革有了更深的理解与反思,修订中感触良多。

古人倡导为学之道在于“博学之,审问之,慎思之,明辨之,笃行之”,②本次修订吐故纳新,篇幅增删较多,力图以国内外最新研究资料及个人研究心得更新全书。在维持原书体例前提下,对原书中一些内容及表述加以更新、修订,主要包括:一是加深对中美及其他法域相关立法及司法判例之研判,并对原版所涉及数据、法规及案例适时更新;其次,对犯罪原因论部分内

---

① 《礼记·大学》。

② 《礼记·中庸》。

容予以进一步充实；再次，随着自己对相关问题理解的深入，本次适时修订了原版中部分论述及主张。对《北京规则》等国际公约部分疑似失真条款亦结合英文版及中文原译重译，以供读者参详。① 限于篇幅，未成年人检察及恢复性司法等内容之探讨将在后续研究中进一步展开。“文章千古事，得失寸心知”，②修订中亦字斟句酌、再三推敲，以求行文之清晰、准确。

本书修订版最终杀青付梓离不开诸位领导之督导、教诲与帮助，特别是在与广西壮族自治区人民检察院张少康检察长、共青团中央书记处汪鸿雁书记及最高人民检察院侦查监督厅万春厅长交流过程中，就少年司法之现实改革及未来展望等议题获益匪浅。张少康检察长百忙之中更抽出宝贵时间，欣然拨冗为本书作序。致公党中央副主席、中国美术家协会副主席黄格胜教授为本书题写书名，使本书添光加彩。我亦有幸得到广西壮族自治区人民检察院邓海华副检察长、曾学愚副检察长、陈普生副检察长、蒙永山副检察长、刘继胜副检察长、政治部何江主任、纪检组林广成组长及公诉办罗绍华专职检委；河南省人民检察院贾世民副检察长；共青团中央青少年权益部张朝晖副部长；中国青少年犯罪研究会操学诚秘书长及《青少年犯罪研究》主编牛凯博士；《民主与法制》杂志社刘桂明副总编；广西壮族自治区高级人民法院黄列格常务副院长及刑四庭洪彪副庭长；共青团广西区委李哲书记、罗日新副书记、严霜副书记及未成年人权益部孟幻部长；南宁市人民检察院黄建波检察长、杨远波副检察长、周启生副检察长及林少平调研员；广西壮族自治区人民检察院民事行政检察处周信权处长、法律政策研究室林世雄主任；广西律师协会王锦意副会长；上海市高级人民法院少年法庭指导处朱妙副处长；河南省高级人民法院研究室马献钊副主任及广东省高级人民法院刑一庭谢萍副庭长等领导无私指导与帮助。

修订过程中，我有幸得到美国监狱团契国际恢复性司法及复和中心(Prison Fellowship International's Centre for Justice and Reconciliation)丹尼尔·凡奈思(Daniel Van Ness)博士，山姆休斯敦州立大学罗兰多·德尔·

---

① 因篇幅所限，本次修订未能将重新校译之有关少年司法公约全文作为附件单列，部分条款重译散见于本书有关章节。

② (唐)杜甫：《偶题》。

卡门(Rolando del Carmen)教授,内布拉斯加大学奥马哈分校(Unirersity of Nebraska at Omaha)汉克·罗伯逊(Hank Robinson)博士,加拿大达尔豪西大学(Dalhousie University)布鲁斯·阿奇博德(Bruce Archibald)教授,国际犯罪学会荣誉会长、德国图宾根大学(Eberhard Karls Universitat Tubingen)汉斯·尤根·卡纳教授(Hans-Juergen Kerner),比利时鲁汶天主教大学(Katholieke Universiteit Leuven)伊沃·阿尔岑(Ivo Aertsen)教授以及福特基金会(Ford Foundation)法律项目官员埃拉·伯恩敬博士(Ira Belkin)等海外先进之指导与协助。

亚洲犯罪学学会会长、澳门大学刘建宏教授百忙之中抽出宝贵时间通篇审阅原稿,提出了诸多建设性意见,并拨冗为序。我亦得到"国立"台湾大学李茂生教授,"国立"台北大学许春金教授及周素娴教授,亚洲警察学会前会长、台湾"中央"警察大学章光明教授及林健阳教授,"国立"中正大学林明杰副教授及陈慈幸副教授,香港大学温锦雄博士,中国法学会检察学研究会副会长、中国人民大学戴玉忠教授,中国法学会刑法学研究会副会长、武汉大学莫洪宪教授,中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长、北京师范大学宋英辉教授,中国预防青少年犯罪研究会副会长、北京师范大学吴宗宪教授,中国政法大学皮艺军教授及南京大学狄小华教授等先进之教诲与辅导。少年司法制度及相关法律晦涩艰深,诸多术语、制度构造及运行上的分析莫不仰仗于诸前辈与先进之耐心解答与释意。一直心存感激之情,谨一并致谢!

我还要感谢中国人民大学陈卫东教授、中国政法大学卞建林教授、中国社会科学院法学研究所王敏远教授和冀详德教授、司法部犯罪预防研究所卢琦研究员、上海社会科学院青少年研究所杨雄教授、中国青年政治学院林维教授、上海政法学院刘强教授和武玉红教授、上海财经大学麻国安教授、华东政法大学姚建龙教授、最高人民法院少年法庭工作办公室蒋明博士及岳琳法官、最高人民检察院检察理论研究所但伟教授及魏武博士、最高人民检察院侦查监督厅侦查一处韩晓峰处长及刘雅清检察官、《河北法学》主编郭登科教授、德国弗莱堡大学刑法学博士研究生林静女士、柳州市中级人民法院姜剑虹副院长与南宁市人民检察院研究室蒙旗副主任等领导及好友之大力协助。经年来,我多次惠承郭登科教授关照与教诲,他更拿出 2009 年

第 11 期宝贵版面刊载莫洪宪教授为本书一版所撰写之序言。一路走来，正是在这些可爱、可亲、可敬之前辈及同路人指导和帮助下，我对本土化之少年司法与儿童福利改革有了进一步的理解和把握。

最后也是最重要的，我必须感谢内子若辉教授。自珞珈相知相识到携手负笈北美，学海共舟之中，她不但是我的爱人与至亲，更是我的学友兼同修。十多年来，她始终给予了我关心、鼓励与照顾，并忍受了由此带来的许多生活及工作上的不便。没有她背后默默的支持，本书之修订实难想象。家有小女初长成，研究与写作过程中，小女曼荻承欢膝下，这也是我坚持未成年人保护及少年司法研究的源动力。我与内子坚信亲子之爱是可以传递的，感谢双亲之体谅与包容，正是他（她）们之言传身教使我们对为人父母有更深的体会与感悟。

本书得以最终修订出版，仍受益于人民出版社李媛媛编辑之应允。编辑过程异常烦琐，但李编辑始终微笑以待，耐心细致，其专业精神及严谨态度尽显，令人钦佩。我的研究生邹瑛及彭秋等同学协助校稿工作，提出了许多文字上的修改意见。限于研究水平及时间，虽百般求证，然书中疏漏自更不待言，尚祈海内外贤达不吝教正，以便三版时修订。

张鸿巍　谨识

辛卯年初夏于邕州心圩江畔